This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 106 245 855

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Germany

Lehrbuch

des deutschen

Zivilprozeßrechtes.

Von

Dr. Jakob Weismann,
ord. Professor an der Universität Greifswald.

Zwei Bände.

I. Band.

Stuttgart.
Verlag von Ferdinand Enke.
1903.

Verlag von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts.

Von

Prof. Dr. L. v. Bar.

gr. 8°. 1892. geh. M. 7.—; in Leinwand geb. M. 8.—

Lehrbuch des Handelsrechts.

Von

Prof. Dr. K. Cosack.

Sechste Auflage.

gr. 8°. 1903. geh. M. 16.—; in Leinwand geb. M. 17.40.

Leitfaden des deutschen Konkursrechts.

Von

Prof. Dr. J. Kohler.

Zweite, neu bearbeitete und erweiterte Auflage.

8°. 1903. geh. M. 7.—; in Leinwand geb. M. 8.—

Lehrbuch des Völkerrechts.

Von

Prof. Dr. A. Rivier.

Zweite, verbesserte Auflage.

gr. 8°. 1899. geh. M. 8.—; in Leinwand geb. M. 9.—

Grundriss der deutschen Arbeiterversicherung.

Von

Prof. Dr. L. Lass, und **G. Klehmet,**

Kaiserl. Reg.-Rat Kaiserl. Reg.-Rat.

gr. 8. 1903. geh. M. 4.—

Die sociale Frage im Lichte der Philosophie.

Vorlesungen über Socialphilosophie und ihre Geschichte.

Von

Prof. Dr. L. Stein.

Zweite, verbesserte Auflage.

gr. 8°. 1903. geh. M. 13.—; in Leinwand geb. M. 14.40.

Lehrbuch

des deutschen

Zivilprozeßrechtes.

Von

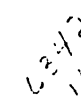
Dr. Jakob Weismann,
ord. Professor an der Universität Greifswald.

Zwei Bände.

I. Band.

Stuttgart.
Verlag von Ferdinand Enke.
1903.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.



Vorwort.

Dieſes Buch will in erſter Linie ein Lehrbuch ſein; es will den jungen Juriſten einführen in die erfahrungsgemäß für den Anfänger beſonders ſchwierige Materie des Zivilprozeßrechts und ihn als Berater in den Vorbereitungsdienſt begleiten. Möge es ſich aber auch — das iſt der, hoffentlich nicht zu kühne, Wunſch des Verfaſſers — für den Praktiker als brauchbar erweiſen, der das Bedürfnis empfindet, eine Einzelfrage, die ihn beſchäftigt, in ihrem ſyſtematiſchen Zuſammenhang zu überdenken.

Das Syſtem iſt aufgebaut, nicht auf dem verſchiedener Deutung fähigen Begriffe des Prozeßverhältniſſes, ſondern auf dem Begriffe des Verfahrens als einer Geſamtheit (nicht einer Summe) von Rechtshandlungen. Im einzelnen iſt es mehrfach durch Rückſichten auf den Lehrzweck modifiziert; das gilt namentlich für die allgemeinen Lehren von den Prozeßhandlungen, die unverſtändlich bleiben müßten ohne eine hinreichend genaue Kenntnis der Erſcheinungen, von denen ſie abſtrahiert ſind. Im übrigen hilft bei Theorien und Syſtemen das Vorreden und Diſputieren nicht viel; da heißt es: „an ihren Früchten ſollt ihr ſie erkennen."

In den Literaturzitaten habe ich mich ſchon aus räumlichen Rückſichten beſchränken müſſen; aber auch grundſätzlich war mein Beſtreben nicht auf eine vollſtändige Aufzählung gerichtet (die bei den vorhandenen Hilfsmitteln nicht eben ſchwierig wäre), ſondern vielmehr darauf, dem Leſer ſozuſagen den Faden in die Hand zu geben, an dem er ſich mit wenig Mühe zu orientieren vermag. Über den Wert unſerer trefflichen Kommentarliteratur iſt nur eine Stimme; und ich habe darum ganz

785346

besonders zu bedauern, daß es nicht möglich war, sie noch mehr, als es geschehen, im einzelnen zu zitieren.

Die beiden Register, das alphabetische Sachregister und das Quellenregister (letzteres beschränkt auf das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung), sind von Herrn Rechtskandidaten W. Schulte-Stemmerk in Kiel zusammengestellt.

Lugano, den 18. Oktober 1903.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Teil.

Einführung.

Seite

§ 1. Begriff des Zivilprozesses und des Zivilprozeßrechtes 1
§ 2. Der Zivilprozeß als Schutzeinrichtung für privatrechtliche Interessen . . 2
§ 3. Die Mittel des Schutzes: Urteil und Zwangsvollstreckung 3
§ 4. Das Urteilsverfahren (der Rechtsstreit). Übersicht und vorbereitende Begriffserklärungen 5
§ 5. Das Verfahren als eine Gesamtheit von Prozeßhandlungen 9
§ 6. Der Zivilprozeß als staatliche Schutzeinrichtung 11
§ 7. Die Quellen des früheren deutschen Zivilprozeßrechtes 13
§ 8. Die geltenden Zivilprozeßgesetze und ihre Entstehungsgeschichte 16
§ 9. Geltung und Auslegung der Zivilprozeßgesetze 19
Anhang. Literarische Hilfsmittel 22

Zweiter Teil.

Die Organisation der Zivilrechtspflege.

§ 10. Die ordentliche streitige Zivilgerichtsbarkeit 24
§ 11. Allgemeine Grundsätze über die Gerichtsbarkeit und ihre Ausübung . . . 26
§ 12. Umfang der Gerichtsbarkeit 28
§ 13. Organisation der Rechtspflege im allgemeinen 33
§ 14. Organisation der Gerichte 35
1. Zuständigkeit 35
§ 14a. 2. Innere Gerichtsorganisation 38
§ 14b. 3. Zuständigkeit für einzelne Amtshandlungen. Rechtshilfe 43
§ 15. Rechtsanwaltschaft. Staatsanwaltschaft 44

Dritter Teil.

Das ordentliche Streitverfahren.

§ 16. Einleitung. Arten des Verfahrens 53

Erstes Buch.

Die Grundlegung des Rechtsstreites.

1. Kapitel.

Die Klage.

§ 17. Die Klage als prozeßbestimmender Akt 55
§ 18. Arten der Klage (insbesondere Leistungsklage und Feststellungsklage) . . 57

Seite
§ 19. Der Klaganspruch 62
§ 20. Die Klagbefugnis und ihre Voraussetzungen (Klagbarkeitsvoraussetzungen) . 65
§ 21. Der Klagantrag 71

2. Kapitel.

Die Parteien des Rechtsstreites.

§ 22. Begriff der Partei 73
§ 23. Parteifähigkeit 75
§ 24. Prozeßfähigkeit. Gesetzliche Vertretung 77
§ 25. Vollmacht 80
§ 26. Klage eines Ausländers 84

3. Kapitel.

Das Prozeßgericht und seine Zuständigkeit.

§ 27. Einleitung 85
§ 28. Sachliche Zuständigkeit 86
§ 29. Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand) 89
§ 30. 1. Allgemeine Gerichtsstände 90
§ 30a. 2. Besondere Gerichtsstände 91
§ 31. Gewillkürte Zuständigkeit 98

Zweites Buch.

Die Urteilsgrundlage.

1. Kapitel.

Die Urteilsgrundlage nach ihrem Inhalte.

§ 32. Der Inhalt der Verhandlung im allgemeinen 101
§ 33. Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich 103
§ 34. Kontradiktorische Verhandlung 106
§ 35. Tatsächliche Parteierklärungen 109
§ 36. Gegenstand des Beweises. Unmittelbarer und mittelbarer Beweis . . 115
§ 37. Beweisantretung 118
§ 38. Beweislast 121
§ 39. Terminologisches 129
§ 40. Die Beteiligung des Gerichtes an der Stofffammlung 131
§ 41. Anordnung der Beweisaufnahme 134
§ 42. Beschaffung der Beweismittel 137
§ 43. Beweisaufnahme 144
§ 43a. Insbesondere Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme 148
§ 44. Beweiswürdigung 151
§ 44a. Fortsetzung. Die Beweiswürdigung im einzelnen 156
§ 45. Der Parteieid. A. Der zugeschobene Eid 168
§ 45a. B. Der richterliche Eid 177
§ 45b. Fortsetzung. Die Eidesleistung 179
§ 46. Verfahren bei Abnahme von Eiden 180

2. Kapitel.

Die Urteilsgrundlage nach ihrer Form.

§ 47. Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens 181
§ 48. Die mündliche Verhandlung der Zivilprozeßordnung 185
§ 49. Vorbereitung der mündlichen Verhandlung 189
§ 50. Beurkundung des Prozeßstoffes 192
§ 51. Reihenfolge der Stofffammlung 195
§ 52. Schriftliches vorbereitendes Verfahren (Rechnungsprozeß) 204
§ 53. Sicherung des Beweises 206

Drittes Buch.

Die Entscheidung über den Klaganspruch.

		Seite
§ 54.	Die Entscheidung	209
§ 55.	Das Urteil nach seiner prozessualen Grundlage	216
§ 56.	Die Urteilsfindung	216
§ 57.	Successive Erledigung des Prozeßstoffes	220
§ 58.	Form des Urteils (insbesondere der Urteilstatbestand). Verkündung des Urteils	223
§ 59.	Bindende Kraft der Entscheidung	228
§ 60.	Eidesurteil	229
§ 61.	Die Wirkungen des Endurteils (Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft)	230
§ 61 a.	Fortsetzung. Subjektiver Umfang der materiellen Rechtskraft	241
§ 62.	Ausländische Urteile	246

Viertes Buch.

Prozeßverkehr und Prozeßbetrieb.

§ 63.	Gerichtssprache	249
§ 64.	Form des Prozeßverkehrs	250
§ 65.	Eröffnung gerichtlicher Entscheidungen	251
§ 66.	Öffentlichkeit des Verfahrens. Akteneinsicht	253
§ 67.	Sitzungspolizei	255
§ 68.	Prozeßbetrieb	256
§ 69.	Ladung	262
§ 70.	Zeitbestimmung: Termine und Fristen	264
§ 71.	Zustellung	271
§ 72.	Hemmungen des Prozeßbetriebes (Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Verfahrens)	283
§ 73.	Aussetzung mit Rücksicht auf ein anderes Verfahren	292
§ 74.	Gerichtsferien	295

Fünftes Buch.

Von den Prozeßhandlungen im allgemeinen und von ihren Arten.

§ 75.	Arten der Prozeßhandlungen	296
§ 76.	Parteihandlungen	297
§ 77.	Die Prozeßfähigkeit als Erfordernis der Parteihandlung	304
§ 78.	Handlungen eines Bevollmächtigten	305
§ 79.	Die Handlungen des Gerichtes, insbesondere die Entscheidungen	308
§ 80.	Beratung und Abstimmung	313
§ 81.	Insbesondere die Prozeßleitung	316
§ 82.	Prozessuale Streitentscheidungen. (Fakultative mündliche Verhandlung, Zwischenstreit, Glaubhaftmachung)	318
§ 83.	Gerichtsbesetzung, Ausschließung, Ablehnung	326
§ 84.	Erläßliche und unerläßliche Prozeßerfordernisse	330
§ 85.	Parteipflichten. Versäumnis	335
§ 86.	Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	347
§ 87.	Beurkundung des Prozesses	351

Sechstes Buch.

Der Rechtsstreit als Handlungsgesamtheit.

§ 88.	Rechtshängigkeit	353
§ 88 a.	Fortsetzung. Insbesondere Klagänderung	359
§ 88 b.	Fortsetzung. Einrede der Rechtshängigkeit	365
§ 89.	Die prozessualen Voraussetzungen der Klage	367
§ 90.	Klagrücknahme	386
§ 91.	Änderungen des Rechtsstreites	388
§ 92.	Gang des landgerichtlichen Verfahrens erster Instanz	390

Seite
§ 93. Versäumnisurteil 395
§ 94. Fortsetzung. Einspruch 410
§ 95. Besonderheiten des amtsgerichtlichen Verfahrens 415
§ 96. Anhang. Das amtsgerichtliche Sühneverfahren 418

Siebentes Buch.

Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens.

1. Kapitel.

Rechtsmittel.

§ 97. Einleitung 419
§ 98. Gemeinsames über Berufung und Revision 422
§ 99. Berufung 432
§ 100. Revision 441
§ 101. Beschwerde 449

2. Kapitel.

Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 102. 456

Achtes Buch.

Interessenmehrheit bei einheitlichem Verfahren.

1. Kapitel.

Klagenhäufung.

§ 103. Übersicht 464
§ 104. Verbindung mehrerer Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten 465
§ 105. Streitgenossenschaft 467
§ 106. Besondere Zuständigkeitsregeln 476
§ 107. Widerklage 477
§ 108. Trennung verbundener, Verbindung getrennter Sachen 483
§ 109. Zwischenfeststellungsklage 485
§ 110. Hauptintervention 488

2. Kapitel.

Beteiligung dritter am Rechtsstreite.

§ 111. Nebenintervention 492
§ 112. Streitverkündung 498
§ 113. Prätendentenstreit 500
§ 114. Benennung des Besitzurhebers 502

Neuntes Buch.

Kostenpflicht.

§ 115. 506

Vierter Teil.

Besondere Prozeßarten.

Erstes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 116. Urkundenprozeß 516
§ 117. Wechselprozeß 524

Zweites Buch.

Familienrechtliche und Statusprozesse.

Seite
§ 118. Verfahren in Ehesachen 525
§ 119. Kindschaftssachen 535
§ 120. Entmündigungssachen 537
§ 120a. Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche 539
§ 120b. Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht . . . 546

Drittes Buch.

Mahnverfahren.

§ 121. 548

Sachregister 554
Quellenregister 567

Abgekürzte Zitate.

Die in der Literaturübersicht S. 22 f. aufgeführten Kommentare, Hand- und Lehrbücher sind nur mit den Namen ihrer Verfasser zitiert. Das Zitat „Komment." bezieht sich auf die daselbst genannten Kommentare im allgemeinen.

ERG. bedeutet die offizielle Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts, SA. Seufferts Archiv, Z. die Zeitschrift für Zivilprozeß (s. S. 23). Abgekürzt zitiert sind ferner die folgenden Zeitschriften (die Abkürzungen sind ohne weiteres verständlich):

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.

Archiv für zivilistische Praxis (jetzt herausgegeben von Professoren der Tübinger Fakultät, von Bülow und dem Präsidenten Kohlhaas).

Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern, begründet von J. A. Seuffert.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen (ursprünglich des preußischen) Rechts, begründet von J. A. Gruchot (jetzt herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius).

Grünhut. Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C. S. Grünhut.

Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, begründet von Gerber und Ihering, jetzt herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg.

Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (jetzt herausgegeben von Birkmeyer, Hellmann, Maurer, v. Ullmann).

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Sörgel.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hofmann und Wulfert.

Berichtigungen.

Auf S. 132, Zeile 26 ist hinter § 142 einzuschalten: vgl. § 143.
Auf S. 143, Zeile 7 am Ende ist einzuschalten: ZPO. §§ 422. 429 vgl. § 430.
Auf S. 194, Zeile 33 am Ende ist einzuschalten: § 161.
Auf S. 281, Zeile 2 am Ende ist einzuschalten: ZPO. § 203.

Erster Teil.

Einführung.

§ 1.

Begriff des Zivilprozesses und des Zivilprozeßrechtes.[1])

I. Prozeß (processus, von procedere) bedeutet, dem Wortsinn nach, ein Fortschreiten, und zwar ein Fortschreiten nach einem bestimmten Ziele hin, einen „Vorgang", der einem bestimmten Zwecke dient; und besteht der Vorgang aus einer Folge von menschlichen Handlungen, die nach bedachtem Plan einem gemeinsamen Ziele zustreben, so bedienen wir uns dafür auch des Ausdruckes „Verfahren".

So redet man z. B. von einem chemischen „Prozeß", einem technischen „Verfahren".

Der Zweck nun aber, dem ein Prozeß, ein Verfahren, im Rechtssinn dienen soll, ist auf dem Gebiete des Rechtes selbst gelegen.

Wenn auch zum Wesen des Rechtes die Erzwingbarkeit nicht gehört, so zeigt doch gewiß der Staat das Bestreben, die Befolgung der Rechtsnormen mit seinen Machtmitteln durchzusetzen, soweit es möglich und nötig ist und nicht Rücksichten besonderer Art der Zwangsanwendung widerstreiten (s. z. B. ZPO. § 888[2]). Das gilt insbesondere auch von der Privatrechtsordnung. Es ist nicht genug, daß die Privatrechtsordnung dem einzelnen Rechte im Verhältnis zu anderen gewähre: es gilt, ihn auch im Genusse seiner Rechte gegen Störung durch andere schützen; es ist nicht genug, daß der einzelne privatrechtliche Ansprüche gegen andere habe: man muß ihm auch zu ihrer Durchsetzung verhelfen, wenn sie von dem Verpflichteten nicht freiwillig erfüllt werden. Angriffsweise Selbsthilfe, Eigenmacht zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche, ist, im Interesse der Ordnung und des Friedens, der Regel nach verboten und

[1]) Zu diesem und den beiden folgenden Paragraphen: Wach §§ 1 ff., Schmidt S. 1 ff., Hellwig § 1.

nur im Notfall gestattet (Notangriff im Gegensatz zur Notwehr, BGB. §§ 229—231); dafür übernimmt der Staat die Verpflichtung, selbst für die Verwirklichung privatrechtlicher Ansprüche Sorge zu tragen.

Dazu sind vor allem staatliche Behörden notwendig, deren Aufgabe es ist, zu prüfen und zu entscheiden, was im gegebenen Falle Rechtens sei (Urteil), und das für Recht Erkannte wo nötig mit Gewalt durchzusetzen (Zwangsvollstreckung). Das Verfahren aber, welches diesem Zwecke dienen soll, bedarf selbst auch der rechtlichen Regelung, soll anders nicht die Rechtsverwirklichung dem Zufall, der zufälligen Einsicht und dem guten Willen der Beteiligten, anheimgegeben sein. Und diese Regelung wird ihm durch das Zivilprozeßrecht.

II. Zivilprozeß ist hienach das rechtlich geordnete Verfahren, welches den Zweck hat, mit Hilfe staatlicher Organe, durch Urteil oder Zwangsvollstreckung, dem Privatrecht Geltung zu verschaffen; oder, vom Standpunkt des einzelnen aus betrachtet: das rechtlich geordnete Verfahren, welches den Zweck hat, mit Hilfe staatlicher Organe, durch Urteil oder Zwangsvollstreckung, privatrechtliche Interessen zu schützen.

Zivilprozeßrecht ist der Inbegriff der Rechtssätze, welche dieses Verfahren regeln.

Wie der Zivilprozeß dem Zivilrecht, so soll der Strafprozeß dem Strafrecht, das Verwaltungsgerichtsverfahren dem Verwaltungsrecht Geltung verschaffen, und die wesentliche Verschiedenheit der Interessen, um die es sich handelt, führt auch zu einer verschiedenen Gestaltung des Verfahrens.

§ 2.

Der Zivilprozeß als Schutzeinrichtung für privatrechtliche Interessen.

I. Es sind privatrechtliche Interessen, um deren Schutz es sich im Zivilprozesse handelt: vermögensrechtliche Interessen (Eigentum, Forderungsrechte u. s. w.) — individualrechtliche (Namensrecht, die mannigfachen Urheberrechte an Produkten geistiger Arbeit, insofern damit nicht bloß vermögensrechtliche Interessen verknüpft sind) — familienrechtliche Interessen — das Interesse an der privatrechtlichen Selbständigkeit, an der Geschäftsfähigkeit einer Person (sofern sich, wie es nach geltendem Rechte der Fall ist, das Entmündigungsverfahren in zivilprozessualen Formen bewegt). Rein privatrechtliche Interessen sind allerdings nur die rein vermögensrechtlichen und individualrechtlichen Interessen; im übrigen trifft mit dem privaten ein öffentliches Interesse zusammen, und das wird von Einfluß auf die besondere Gestaltung des Verfahrens in Ehesachen, des Verfahrens zur Feststellung des elterlichen Verhältnisses, des Entmündigungsverfahrens.

II. Ein zivilprozessuales Verfahren erfordert mit Notwendigkeit

mindestens zwei voneinander verschiedene Personen, die an seinem Ergebnis in entgegengesetztem Interesse beteiligt sind, das sind „die Parteien" des Verfahrens; dazu tritt ein zur Rechtspflege, zur Entscheidung oder zur Zwangsvollstreckung, berufenes Organ des Staates. Dasjenige staatliche Organ, dessen wesentliche Aufgabe in der Rechtsanwendung, der Urteilsfällung besteht, ist „das Gericht". Die Parteien und die Rechtspflegeorgane des Staates sind „die Personen" des Prozesses.

III. Wie aber prinzipiell der Staat dem einzelnen die Wahrung seiner privatrechtlichen Interessen überläßt, so geht auch der Anstoß zu einem zivilprozessualen Verfahren regelmäßig von einer Privatperson aus, die zum Schutze ihres privatrechtlichen Interesses die Hilfe des Staates begehrt.

Nur in Ehesachen (um die Nichtigerklärung einer Ehe zu bewirken, ZPO. § 632) und in Entmündigungssachen (ZPO. §§ 646, 665, 675, 679) kann eine staatliche Behörde, der Staatsanwalt, zur Wahrung des staatlichen Interesses, die Eröffnung des Verfahrens herbeiführen.

In keinem Falle aber kann das Gericht von Amts wegen ein zivilprozessuales Verfahren eröffnen: „Ne procedat iudex ex officio"; „wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter".[1])

IV. Die Hilfe des Staates wird auf dem Gebiete des Zivilprozesses nur demjenigen zu teil, der sie begehrt, und sie wird ihm auch nur zu teil, soweit er sie begehrt. Über die Anträge der Parteien darf das Gericht nicht hinausgehen; „ne eat iudex ultra petita partium". (Vgl. ZPO. § 308.)[1])

§ 3.

Die Mittel des Schutzes: Urteil und Zwangsvollstreckung.

I. Entscheidung, was im gegebenen Falle Rechtens sei, „Urteil", und Zwangsvollstreckung, die zwangsweise Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustandes (wie z. B. die Erzwingung der Herausgabe einer Sache oder einer Geldzahlung) sind die Mittel der Rechtsverwirklichung. Aber nicht darin allein erschöpft sich die Bedeutung des Urteils, daß es entscheidet, ob und inwieweit die Anwendung des Zwanges, ob und inwieweit eine Zwangsvollstreckung gerechtfertigt sei; wenn sich nämlich mit dem Urteile die Wirkung verknüpft, die wir als „materielle Rechtskraft" bezeichnen, wenn es die Kraft hat, in bindender Weise das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen festzustellen, so kann die Sicherung der Rechtslage, die in einer solchen Feststellung enthalten ist, für sich allein schon als ein erstrebenswertes Ziel des Verfahrens erscheinen.[2]) Auf der

[1]) S. dazu unten § 3 III.
[2]) Darauf beruht das Institut der Feststellungsklagen, ZPO. § 256.

anderen Seite ist eine Zwangsvollstreckung nicht allein auf Grund eines Urteiles möglich; sie kann auch auf mannigfache andere Weise, wie z. B. dadurch gerechtfertigt sein, daß sich ihr der Schuldner freiwillig unterworfen hat (ZPO. § 794, Nr. 5).

Es handelt sich hier um Urteil und Zwangsvollstreckung, insofern sie *Mittel* der Rechtsverwirklichung sind; es darf also *vorerst* außer Betracht bleiben, daß ein Vollstreckungsverfahren zunächst eine bloße Sicherung bezwecken kann (Arrest, einstweilige Verfügung, ZPO. § 916), denn das *Endziel* bleibt doch die Verwirklichung eines Anspruchs; ebenso, daß ein Urteil auch eine Rechtsveränderung hervorrufen kann (z. B. das Ehescheidungsurteil, BGB. § 1564), denn das ändert nichts am Wesen des Urteils selber.

II. Urteil und Zwangsvollstreckung dienen beide der Rechtsverwirklichung, aber auf sehr verschiedene Weise, und so ist auch das Verfahren, das zum Urteile führen soll, das Urteilsverfahren, vom Vollstreckungsverfahren wesentlich verschieden. Im Urteilsverfahren handelt es sich um die Herstellung einer Erkenntnis, der Erkenntnis dessen, was im gegebenen Falle Rechtens sei (das Gericht hat „für Recht erkannt", so lautet die gebräuchliche Formel, mit der die Entscheidung eingeleitet zu werden pflegt, und das Urteil wird denn auch als „das Erkenntnis" bezeichnet); bei der Zwangsvollstreckung hingegen handelt es sich um die Herstellung eines *realen* Zustandes, wie er dem Recht entspricht. Das Urteilsverfahren will feststellen, *was* Rechtens sei; das Vollstreckungsverfahren muß immer schon von der Annahme ausgehen, wenn auch unter Umständen von einer bloß vorläufigen Annahme, *daß* etwas Rechtens sei: von der Annahme, daß eben der Zustand, der durch die Zwangsvollstreckung hergestellt werden soll, dem Recht entspreche.

III. Insofern das Urteilsverfahren darauf angelegt ist, einen *möglichen* Streit zur Erledigung zu bringen, bezeichnet man es als „Rechtsstreit" (in der Mehrzahl: „Rechtsstreitigkeiten") oder als „Streitverfahren". Daß es aber auch wirklich in jedem Falle zu einem Streite komme, ist keineswegs notwendig; es kann sein, daß der erhobene Anspruch vom Gegner anerkannt wird, und daß auf Grund seines Anerkenntnisses das Urteil ergeht (ZPO. § 307), und erklärt sich der Beklagte überhaupt nicht, so ist darum doch ein Urteil („Versäumnisurteil" ZPO. §§ 330 ff.) möglich.

Nicht immer wird aber der Ausdruck „Rechtsstreitigkeit" in dem hier angenommenen begrenzten Sinne gebraucht. So sind in E.ZPO. § 3 unter „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" alle Angelegenheiten verstanden, die im Wege eines zivilprozessualen Verfahrens (auch eines Vollstreckungsverfahrens) zu erledigen sind.

§ 4.

Das Urteilsverfahren (der Rechtsstreit). Übersicht und vorbereitende Begriffserklärungen.

Vorbemerkung. Es handelt sich in diesem Paragraphen nur um die vorläufige Erklärung einzelner Begriffe, deren Verständnis im folgenden schon vorausgesetzt werden muß, bevor sie im systematischen Zusammenhang ihre eingehende Erörterung finden können.

I. Der Rechtsstreit besteht wie jedes prozessuale Verfahren aus einzelnen Prozeßhandlungen. Eröffnet wird er durch eine Klage: die Klage ist ein Akt, durch den jemand („der Kläger") zum Schutze eines privatrechtlichen Interesses die Entscheidung des Gerichtes anruft; und insofern richtet sich die Klage an das Gericht. Die Entscheidung aber, die der Kläger verlangt, soll ihre Wirkungen gegen den Beklagten äußern: er soll durch die materielle Rechtskraft des Urteils gebunden werden, er soll auf Grund des Urteils die Zwangsvollstreckung erleiden; insofern richtet sich die Klage gegen den Beklagten.

II. Es ist nun aber eine einleuchtende Forderung der Gerechtigkeit, daß der Richter nicht auf das einseitige Begehr des Klägers hin sein Urteil fälle, sondern daß er zunächst auch dem Beklagten Gehör schenke, d. h. ihm Gelegenheit gebe, sich zu verteidigen. „Audiatur et altera pars!" Das ist der Grundsatz des „wechselseitigen Gehöres", den deutsche Rechtssprichwörter in verschiedenen Wendungen zum Ausdruck bringen; z. B.: „Eines Mannes Red', eine halbe Red', man verhör' sie alle Beed"; oder: „Mit dem Urteil nicht eile, hör' zuvor beide Teile".[1])

III. Zur Entscheidung aber kann das Gericht nur so gelangen, daß es die Sätze des Rechts auf den einzelnen Fall anwendet unter Zuhilfenahme der Erfahrungssätze, die dazu notwendig sind, die Begriffe, deren sich die Rechtssätze bedienen, zu erkennen und auf die einzelnen Lebenserscheinungen anzuwenden.

Z. B. Was ist Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung? BGB. § 6. Was ist ständige Niederlassung? BGB. § 7. Was ergibt eine verständige Würdigung des Falles? BGB. § 119. Was ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt? BGB. § 276.

Das Urteil bedarf also einer tatsächlichen Unterlage, eines tatsächlichen Stoffes — die Frage ist, wer für die Bildung dieser Unterlage, der „Urteilsgrundlage", zu sorgen, wer diesen tatsächlichen Stoff, den „Prozeßstoff", zu beschaffen habe; ist es Sache der Parteien oder des Gerichtes? Insofern es sich nun um rein privatrechtliche Interessen handelt, erscheint es als ein natürlicher Grundsatz, der zugleich eine wichtige Garantie für die Unbefangenheit des Gerichtes bildet, daß auch in dieser

[1]) Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter Nr. 266 ff.

Hinsicht den Parteien selbst die Wahrung ihrer Interessen überlassen bleibe. Zunächst also muß jede Partei darauf bedacht sein, die ihr günstigen Tatsachen zu behaupten; sie muß weiter, insofern die Wahrheit ihrer Behauptungen ungewiß und bestritten ist, dem Gerichte sie „beweisen", sie muß die Mittel angeben, „die Beweismittel", durch die sich das Gericht von der Wahrheit der ihr günstigen Tatsachen überzeugen möge. („Beweisantretung".) Welches die Tatsachen sind, die eine Partei zu behaupten und zu beweisen habe, um eine ihr günstige Entscheidung zu erlangen, ist die wichtige Frage nach der Verteilung der „Beweislast".

Die Verhandlung der Parteien ist es also, der das Gericht die Unterlage für seine Entscheidung zu entnehmen hat; es ist beschränkt auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen, auf die von ihnen dargebotenen Beweise, nur sie darf es bei seiner Entscheidung berücksichtigen. Das ist der Grundsatz, den man als die „Verhandlungsmaxime" bezeichnet.

Im wesentlichen dasselbe ist gemeint mit dem Satze: „quod non est in actis, non est in mundo"; was nicht in den Akten steht, ist (für den Richter) nicht auf der Welt. Man bringt mit diesem Satze die beiden oben erwähnten Regeln („ne procedat iudex ex officio", „ne eat iudex ultra petita partium") in Verbindung. Ein notwendiger Zusammenhang besteht allerdings nicht. Das Genauere unten § 33.

Den Gegensatz bildet die sogen. „Untersuchungsmaxime", die das Gericht verpflichtet, von sich aus, „von Amts wegen", den Sachverhalt zu ermitteln, ohne an die Behauptungen und Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein.

IV. Die Gesamtheit der Prozeßhandlungen einer Partei (ihre Anträge bei Gericht, sie mögen auf den Fortgang des Prozesses oder auf die Entscheidung über den Prozeßgegenstand Bezug haben, ihre tatsächlichen Erklärungen und ihre Beweisantretungen) bildet ihre „Prozeßführung". Sache des Gerichtes ist die Entscheidung; zu diesem Zweck hat es den Prozeßstoff in sich aufzunehmen, insbesondere die Beweise zu erheben (Beweisaufnahme"); Sache des Gerichtes ist aber auch „die Prozeßleitung". Zu einem geordneten Fortgange des Rechtsstreites genügt es nämlich nicht, daß das Gesetz die Prozeßführung der Parteien regele; vielmehr bedarf es dazu noch mannigfacher bindender Anordnungen, die der besonderen Lage des Falles angepaßt sein müssen. Die Gesamtheit der auf den Fortgang und die Ordnung des Verfahrens bezüglichen Handlungen des Gerichtes bezeichnet man als Prozeßleitung. Das Gesetz schafft sich die zu einer vollständigen Regelung des Verfahrens notwendige Ergänzung dadurch, daß es dem Gerichte die Befugnis zur Prozeßleitung überträgt und diese Befugnis nun des näheren regelt (vgl. z. B. die §§ 136, 139 ff. der ZPO.). Das Gesetz kann sich dabei aber in sehr verschiedener Weise verhalten: es kann die Prozeßleitungsbefugnis mehr oder weniger beschränken, dem richterlichen Ermessen mehr oder weniger Spielraum gewähren.

Prozeßführung und Prozeßleitung machen zusammen den Fortgang des Prozesses aus. Dabei entsteht die Frage, von wem die Anregung zum Fortgang des Verfahrens auszugehen habe; ob das Gericht von sich aus, „von Amts wegen", das Erforderliche zu tun, ob, wenn eine Parteihandlung erforderlich wird, es dazu von Amts wegen die Partei zu veranlassen habe, oder ob die Parteien aus eigenem Antrieb das Erforderliche zu tun, ob, wenn eine gerichtliche Anordnung erforderlich wird, sie dazu durch einen besonderen Antrag das Gericht zu veranlassen haben. Danach unterscheidet man Prozeßbetrieb von Amts wegen (ex officio), und Prozeßbetrieb durch die Parteien: „Offizialbetrieb" und „Parteibetrieb." Beide Betriebsarten können auch miteinander kombiniert sein, indem der Anstoß zum Fortgang des Verfahrens bald von den Parteien, bald vom Gericht auszugehen hat.

Ein unentbehrliches Mittel des Prozeßbetriebes ist die Zeitbestimmung für die Vornahme prozessualer Handlungen; entweder es wird eine Zeit bestimmt, zu der die Handlung vorgenommen, eine Zeit, die durch die vorzunehmende Handlung gänzlich ausgefüllt werden soll: „ein Termin" (zu einer Verhandlung, einer Beweisaufnahme); oder es wird eine Zeit bestimmt, *innerhalb* deren eine Handlung vorzunehmen ist, innerhalb deren der Beteiligte den Zeitpunkt für die Vornahme seiner Handlung beliebig wählen kann: „eine Frist".

Eine Frist kann vom Gerichte gesetzt, ihr Beginn kann aber auch vom *Gesetz* unmittelbar an einen bestimmten Prozeßvorgang geknüpft sein; z. B. die Frist zur Einlegung eines Rechtsmittels (unten VII) gegen ein Endurteil beginnt mit der Zustellung des Urteils, ZPO. §§ 516, 552.

V. Insofern sich der Rechtsstreit aus Erklärungen des Gerichtes und der Parteien zusammensetzt, wird es von Wichtigkeit, die Form dieser Erklärungen zu bestimmen; oder wie man dafür auch sagen kann: die Form des *Prozeßverkehrs*, die Form, in welcher die an dem Verfahren beteiligten Personen miteinander verkehren.

Von besonderer Wichtigkeit wird dies für die Verhandlung der Parteien, durch welche die Urteilsgrundlage geschaffen werden soll. Wenn die Parteien *unmittelbar* vor dem erkennenden Gerichte in *mündlicher* Rede zu verhandeln haben, so daß also das Gericht die Grundlage seines Urteils unmittelbar der von ihm angehörten und geleiteten Parteiverhandlung entnimmt, so nennt man das Verfahren ein *mündliches* („Prinzip der Mündlichkeit"). Sind die Parteiverhandlungen dem erkennenden Gerichte durch die Schrift vermittelt, so daß also das Gericht die Grundlage seines Urteiles den schriftlichen Prozeßakten zu entnehmen hat, sei es nun daß die Parteien ihre Erklärungen gleich schriftlich abgeben, sei es daß ihre mündlich abgegebenen Erklärungen amtlich aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen dem Urteile zu Grunde zu legen sind, so nennt man das Verfahren ein *schriftliches*. Auch bei der Beweisaufnahme ist eine derartige

Verschiedenheit möglich; es kann nämlich sein, daß die Beweisaufnahme, z. B. die Vernehmung von Zeugen, unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte zu erfolgen hat; es kann aber auch sein, daß das Ergebnis der Beweisaufnahme (z. B. die Aussage von Zeugen) ihm durch schriftliche Aufzeichnung vermittelt wird. Danach unterscheidet man: *Unmittelbarkeit* und *Mittelbarkeit der Beweisaufnahme*.

Zu einem bedeutenden Teile bewegt sich der Prozeßverkehr (im Rechtsstreit wie auch im Vollstreckungsverfahren) in Form von Zustellungen.

Zustellung heißt die Übermittelung eines schriftlichen Prozeßaktes, die nach gewissen, gesetzlich bestimmten, Regeln erfolgt. Diese Regeln sollen einerseits eine wirksame Übermittelung auch für den Fall ermöglichen, daß der Adressat nicht persönlich angetroffen wird, sie sollen anderseits nach Möglichkeit dafür sorgen, daß das Schriftstück wirklich an den Adressaten gelangt, und sollen zugleich den Beweis der Übermittelung sichern.

VI. Die Rechtspflege wird vom Staate nicht unentgeltlich gewährt, und auch sonst entstehen den Parteien Kosten aus ihrer Prozeßführung (z. B. Gebühren eines Rechtsanwaltes). So entsteht die Frage, wer von den Parteien schließlich die *Kosten des Verfahrens* zu tragen habe (vgl. ZPO. §§ 91 ff.); ein neuer Gegenstand des Streites erwächst aus dem Rechtsstreite selbst, und im Endurteil ist auch zu entscheiden über die Verpflichtung, die Kosten des Rechtsstreites zu tragen.

Doch darf der armen Partei der Rechtsschutz nicht versagt werden — ihr gewährt „*das Armenrecht*“ die Stundung der Prozeßkosten. (ZPO. §§ 114 ff.)

VII. Eine Entscheidung ist nicht immer gleich auch eine endgültige; den Parteien ist, in gewissen Grenzen, gestattet, eine ihnen nachteilige Entscheidung, die sie für unrichtig halten, anzufechten und der Nachprüfung eines höheren Gerichtes zu unterbreiten. Die Rechtsbehelfe, die diesem Zwecke dienen, bezeichnet man als „*Rechtsmittel*“.

Eine andere Frage ist, ob das Gericht an die von ihm erlassene Entscheidung gebunden ist, oder ob es selbst sie abändern darf. Unwiderruflich ist insbesondere die Entscheidung, die in der solennen *Form* des „*Urteils*“ erlassen ist. Ist eine unwiderrufliche Entscheidung auch nicht (oder nicht mehr) durch ein Rechtsmittel anfechtbar, so sagt man, sie sei „*formell rechtskräftig*“. Nur mit einem formell rechtskräftigen Urteil verknüpft sich die „materielle“ Rechtskraft.

Aber auch ein formell rechtskräftiges Urteil kann unter außerordentlichen Umständen, aus besonderen Gründen, noch angefochten werden, durch eine Klage, die sich auf „Wiederaufnahme des Verfahrens“ (ZPO. §§ 541 ff.) richtet.

§ 5.

Das Verfahren als eine Gesamtheit von Prozeßhandlungen.

I. Was die mannigfachen Handlungen, aus denen sich ein Rechtsstreit oder eine Zwangsvollstreckung zusammensetzt, zu einer Einheit, zu einem „Verfahren" verbindet, ist nicht bloß ihr einheitlicher Zweck, sondern auch ihre einheitliche Grundlage und der innere Zusammenhang, in welchem Zweck und Grundlage miteinander stehen.

Für den Rechtsstreit ist der grundlegende Akt die Klage. Die Klage eröffnet den Rechtsstreit, sie macht ihn „anhängig". Nach ihr heißen die Parteien des Rechtsstreites „Kläger" und „Beklagter".

In der Klage drückt der Kläger sein Begehren aus, bezeichnet er das Ziel seiner Prozeßführung. Und so gestaltet sich formell das Urteil zu einer Entscheidung über die Klage und läuft formell die Klage aus in einen an das Gericht gestellten, auf ein Urteil gerichteten Antrag: der Kläger beantragt „die Verurteilung" des Beklagten zu der beanspruchten Leistung, beantragt „die Feststellung" des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses.

Das Urteil entscheidet darüber, ob die Klage begründet sei; ist sie nicht begründet, so wird sie „abgewiesen"; soweit sie begründet ist, wird dem Klagantrage entsprochen; über den Klagantrag aber darf das Urteil nicht hinausgehen; wird die Klage zulässigerweise zurückgenommen, so ist ein Urteil in der Sache nicht mehr möglich.

Die Klage bestimmt die Parteien des Rechtsstreites, das Prozeßgericht, den Gegenstand der Entscheidung und des Verfahrens.

Eine andere Frage ist, inwieweit in diesen Beziehungen nachträgliche Änderungen eintreten können.

So hängen Klage und Urteil aufs engste miteinander zusammen und gerade durch diesen Zusammenhang machen sie den Rechtsstreit zu einem einheitlichen Verfahren. Alle die übrigen Prozeßhandlungen des Rechtsstreites stehen im Dienst der Klage und des Urteils.

II. In diesem einheitlichen Verfahren, für den ganzen Verlauf desselben, nimmt jede der zur Mitwirkung berufenen Personen (das sind die Parteien des Rechtsstreites und das Prozeßgericht) eine ihr vom Prozeßrecht angewiesene und näher bestimmte Rechtsstellung ein. Prozeßhandlungen können mit Wirksamkeit für einen Rechtsstreit nur von den Parteien dieses Rechtsstreites und vom Prozeßgericht vorgenommen werden.

Oder, selbstverständlich, von solchen Personen, welche die Macht haben, mit Wirksamkeit für sie zu handeln, wie z. B. Bevollmächtigten der Parteien.

Freilich können bei einzelnen Prozeßhandlungen auch noch andere Personen mitwirken; das sind dann aber nicht die Personen, von denen die Prozeßhandlung ausgeht, sie sind vielmehr nur Mittel zur Vornahme der Prozeßhandlung. Die Aus-

sage eines Zeugen z. B. ist nicht Prozeßhandlung; die Prozeßhandlung ist die Beweisaufnahme; der Zeuge ist Beweismittel.

Kläger und Beklagter haben „Parteistellung", d. h. sie haben die Befugnis, mit Wirksamkeit für den Rechtsstreit Parteihandlungen vorzunehmen. In diese ihre Rechtsstellung ist denn auch eine Rechtsnachfolge möglich.

Kläger und Beklagter haben prinzipiell gleiche Befugnisse („Parteiengleichheit"). Aber es liegt in der Natur der Sache, daß doch auch wieder die Stellung des Klägers von der des Beklagten verschieden ist. Der Kläger ist der Angreifer, derjenige, der den Rechtsstreit „anfängt", aus eigenem Entschlusse die Hilfe des Gerichtes gegen den Beklagten anruft; der Beklagte hingegen, wenn er nicht ohne weiteres dem Anspruche des Klägers nachgeben will, wird durch die Klage, ohne seinen Willen, genötigt, sich zu verteidigen, dem Urteilsbegehren des Klägers zu widersprechen; in der Sache (d. h. abgesehen von den Prozeßkosten) kann denn auch nur der Beklagte und nie der Kläger verurteilt werden.

III. In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Vollstreckungsverfahren.

Der zivilrechtliche Anspruch ist an und für sich nicht vollstreckbar; er kann es nur durch einen besonderen Umstand werden, der ein Recht auf Zwangsvollstreckung begründet, durch einen sogen. Vollstreckungstitel (wie es beispielsweise ein vollstreckbares Urteil ist).

Der Vollstreckungstitel nun bildet die Grundlage des Vollstreckungsverfahrens und bestimmt seinen Zweck; das auf den Vollstreckungstitel gegründete, durch ihn gerechtfertigte Vollstreckungsbegehren findet durch die Zwangsvollstreckung seine Erledigung.

IV. Diese innere Beziehung zwischen Anfang und Ende, Eröffnungs- und Schlußakt, die das einheitliche Verfahren bestimmt und begrenzt, ist eine notwendige Vorbedingung seines geordneten Verlaufes. Sie kehrt so konstant in allen Prozeßsystemen wieder, daß man von ihr als von einem Grundgesetze des Prozesses wird reden dürfen.

Im römischen Prozesse entspricht dem Verhältnisse zwischen Klage und Urteil das Verhältnis von litiscontestatio und sententia.[1])

V. Sofern nur die Parteien und das Prozeßgericht Prozeßhandlungen vornehmen können, die den Verlauf und Ausgang des Rechtsstreites bestimmen, und sofern ihre Handlungen prozeßrechtliche Wirkungen unter ihnen erzeugen, kann man sagen, daß sie in einem prozeßrechtlichen Verhältnis, einem Prozeßverhältnis zueinander stehen. In dem Sinne, wie es hier verstanden wird, erschöpft sich also „das Prozeßverhältnis" in der

[1]) Die formula (auf die sich im Formularprozeß die litiscontestatis bezieht) soll „durch die sententia befolgt und gleichsam purifiziert werden"; Keller, Der römische Zivilprozeß (6. Aufl. 1883, von Wach bearbeitet) S. 384.

Befugnis der Parteien und des Prozeßgerichtes, mit Wirksamkeit untereinander Prozeßhandlungen vornehmen zu können.

In einem anderen Sinne pflegt sonst der Begriff des Prozeßverhältnisses verstanden zu werden; darüber unten § 89.

VI. Soll die Klage wirklich zu einer Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch führen, so müssen gewisse — vom Prozeßrecht aufgestellte — Voraussetzungen erfüllt (z. B. es muß das angerufene Gericht zur Entscheidung über den Klaganspruch zuständig) sein. Im Unterschiede von der Verhandlung über solche prozessuale Voraussetzungen bezeichnet man die Verhandlung über den Klaganspruch als „Verhandlung zur Hauptsache".

§ 6.

Der Zivilprozeß als staatliche Schutzeinrichtung.

I. Im Zivilprozeß finden privatrechtliche Interessen ihren Schutz durch die Macht des Staates. Die Macht des Staates, die sich im Prozeß, im Zivilprozeß, wie im Strafprozeß, offenbart, nennt man Gerichtsbarkeit; die Gerichtsbarkeit, die speziell im Zivilprozeß zur Ausübung kommt, ist die Zivilgerichtsbarkeit, und zwar bezeichnet man sie als „streitige Gerichtsbarkeit" im Gegensatz zur „freiwilligen Gerichtsbarkeit" (worüber unten § 10). Die Wirksamkeit des Urteils, wie der Prozeßleitung und der Zwangsvollstreckung beruht am letzten Ende auf der rechtlich geregelten Macht des Staates; sie gründet sich darauf, daß, innerhalb der von ihm selbst gesetzten Schranken, unter den von ihm selbst bestimmten Voraussetzungen der Staat die Macht hat, mit bindender Kraft zu entscheiden (Entscheidungsgewalt), zu befehlen (Prozeßleitungsgewalt) und zwangsweise zu vollstrecken (Vollstreckungsgewalt).

II. Mit der Macht verbindet sich aber auch die Pflicht des Staates zur Rechtspflege. Der Staat hat es sich selbst zur Pflicht gemacht, durch seine Organe die Handlungen vornehmen zu lassen, die zur Ausübung der Rechtspflege erforderlich sind, und auf die Vornahme dieser Prozeßhandlungen hat der einzelne, wenn die gesetzlichen Bedingungen dafür erfüllt sind, ein Recht; es gibt ein Recht auf Urteil — über eine erhobene Klage (auf ein Urteil, das dem Rechte, dem materiellen wie dem Prozeßrechte, gemäß ist), und es gibt ein Recht auf Zwangsvollstreckung — auf Grund eines Vollstreckungstitels; dies Recht ist ein Recht des einzelnen gegenüber dem Staat; das Recht zur Zwangsvollstreckung, zur Übung des zur Vollstreckung erforderlichen Zwanges ist ein Recht des Staates. Weil aber die Zwangsvollstreckung von der Annahme ausgehen muß, daß ein Anspruch bestehe, und weil sie darum lediglich an bestimmte formale Voraussetzungen, in erster Linie einen Vollstreckungstitel geknüpft ist

(s. oben III), so kann es sein, daß eine Zwangsvollstreckung prozessualisch berechtigt, materiell aber ungerechtfertigt ist.

Die prinzipielle Frage, ob es überhaupt ein Recht gegen den Staat gebe, ist freilich in der Theorie höchst bestritten.[1])

III. Der Zwang, der bei der Vollstreckung geübt wird, ist teils ein direkter, teils ein indirekter, ein Strafzwang; ein direkter: es wird z. B. dem Beklagten die Sache abgenommen, die er herauszugeben hat (ZPO. § 883); ein indirekter: es wird jemand durch Strafdrohung zu einer Handlung oder Unterlassung angehalten (ZPO. §§ 887 ff.).

Aber auch der Rechtsstreit kann des Zwanges nicht entbehren. Ein Zwang findet z. B. statt gegen den Zeugen, der seiner Zeugnispflicht nicht nachkommt (ZPO. § 380, § 390). Und wenn es beiden Parteien freisteht, zu handeln, ihre Interessen selbsttätig wahrzunehmen, so muß doch anderseits dafür gesorgt werden, daß, wenn eine Partei untätig ist, auch ohne ihre Mitwirkung der Rechtsstreit zu Ende geführt werden könne. Zu diesem Zwecke bedient sich das moderne Prozeßrecht mit Vorliebe des folgenden Mittels. Es läßt, wenn eine Partei „säumig" ist, d. h. den Prozeßakt nicht vornimmt, der zum Fortschreiten des Verfahrens erforderlich wäre, eine Rechtsfolge eintreten, die sich sonst mit einer der Partei nachteiligen Handlung verknüpft (z. B. ZPO. §§ 138[3], 330, 331). Auf diese Weise wird die Partei, sofern sie ihr Interesse wahren will, zum Handeln gezwungen. Es ist das eine besondere Art des Zwanges, die man als „Interessezwang" bezeichnen kann.

IV. Die Parteien können, anstatt das staatliche Gericht anzurufen, sich darüber einigen, daß die Entscheidung ihres Streites durch Richter ihrer Wahl, „Schiedsrichter" (einen oder mehrere), erfolgen solle.

Inwieweit eine solche Vereinbarung zulässig, darüber s. einstweilen §§ 1025, 1026.

Das schiedsrichterliche Verfahren ist, da es doch auch, wenigstens mittelbar, den Zwecken der Rechtspflege dient, durch die Zivilprozeßordnung (im letzten Buch §§ 1025 ff.) geregelt. Der Schiedsspruch bindet die Parteien gleich einem „rechtskräftigen Urteile" (ZPO. § 1040); er bindet sie aber, nicht wie das Urteil des Gerichtes unmittelbar kraft der staatlichen Autorität, sondern weil sie sich ihm freiwillig unterworfen haben. Und zu einer Zwangsvollstreckung kann er nur führen, wenn deren Zulässigkeit durch das „Vollstreckungsurteil" eines staatlichen Gerichtes ausgesprochen ist (ZPO. § 1042).

---

[1]) Vgl. darüber Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900) S. 377 ff. und die dort S. 377 N. 1 angeführte Literatur.

§ 7.

Die Quellen des früheren deutschen Zivilprozeßrechtes.[1])

I. Das einheimische deutsche Recht des Mittelalters ist auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses durch die Rezeption verdrängt worden. Durch sie ward, um die Wende des 15. und 16. Jahrhunderts, das „römisch-kanonische" Zivilprozeßrecht zum gemeinen Recht des heiligen römischen Reiches deutscher Nation. Genauer gesagt: es wurde — und zwar durch Gerichtsgebrauch — rezipiert das Prozeßrecht, das auf Grundlage der römischen und kanonischen Rechtsquellen, zum Teil aber auch nur in äußerlicher Anknüpfung an sie, die mittelalterliche italienische Doktrin und Praxis, die geistliche und die weltliche, geschaffen hatten, sich wechselseitig beeinflussend, vielfach selbst auch beeinflußt durch germanische Rechtsanschauungen und durch die Statutargesetzgebung der italienischen Städte.

1. Das römische Recht war in Italien in ununterbrochener Geltung geblieben; das kanonische Recht bezog sich natürlich nur auf den Prozeß vor den geistlichen Gerichten; da aber dieser selbst wieder auf römisch-rechtlicher Grundlage beruhte, so konnte er leicht durch die Entwicklung des weltlichen Rechtes beeinflußt werden und wiederum auch auf sie zurückwirken.

2. Langobardisches Recht beeinflußte überhaupt in bedeutsamer Weise die italienische Rechtsentwicklung, namentlich die norditalienische (so besonders z. B. die venetianische) Statutargesetzgebung.

3. Neben der reichen Literatur, die sich an das Corpus iuris civilis und canonici anschließt (Lecturae, Summae, die Glossen, die Kommentare der Postglossatoren,[2]) weist die mittelalterliche italienische Literatur auch zahlreiche systematische Prozeßwerke[3]) und prozessualische Monographien auf. Die ältere Prozeßliteratur ist zusammengefaßt in einem zu größtem Ansehen und Einfluß gelangten Sammelwerke, dem Speculum iudiciale, des Guilelmus Durantis († 1296).

4. Zweifellos ist übrigens in der Rezeptionszeit nur eine durch das ganze Mittelalter sich hindurchziehende Entwicklung zum Abschluß gelangt. Römisch-kanonisches Prozeßrecht hatte in Deutschland seit dem Beginn des 13. Jahrhunderts sogar schon literarische Bearbeitung gefunden.

5. Es geht wohl zu weit, wenn gesagt wird, daß der gemeine, ja schon der mittelalterliche italienische Prozeß auf germanischer Grundlage beruhe. Die hergebrachte Bezeichnung des rezipierten Prozesses als des römisch-kanonischen trifft in der Hauptsache zu.

---

[1]) Wetzell §§ 2, 3 und die hier gegebenen reichen Literaturnachweisungen. Wach §§ 10, 14. Planck § 1. Hellwig § 2. — Eine gedrängte Übersicht über die Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts bei Schmidt §§ 5—16; vgl. Wach § 3.

[2]) Besonders des Bartolus und des Baldus. Unter den Kommentaren zum Corpus iuris canonici ist namentlich von dominierender Bedeutung der Apparatus des Sinibaldus Fliscus (Fiesco), nachmaligen Papstes Innocenz IV., zu den Dekretalen Gregors IX. (aus der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts), überhaupt eines der bedeutendsten juristischen Werke des Mittelalters.

[3]) Instruktiv z. B. die Libri de iudiciorum ordine von Pillius (Ende des 12.) Tancredus und Gratia (Aretinus) (erste Hälfte des 13. Jahrhunderts), von Bergmann herausgegeben (1842).

Durch den Gerichtsgebrauch ist sodann der rezipierte Prozeß in Deutschland weiter fortgebildet worden; in zum Teil sehr tiefgehender Weise war aber dieser Gerichtsgebrauch beeinflußt durch die Gesetzgebung des alten Reiches und durch das partikulare sächsische Prozeßrecht.

II. Auf dem Boden des römisch-kanonischen Prozeßrechtes steht auch die Gesetzgebung des alten Reiches,[4]) die sich auf die Ordnung des Verfahrens bei den Reichsgerichten, dem Reichskammergericht und dem Reichshofrat, bezieht; und da den Reichsständen zur Pflicht gemacht war (zuletzt noch durch den Jüngsten Reichsabschied von 1654, § 137), das Verfahren ihrer Gerichte mit dem Reichskammergerichtsprozeß möglichst in Einklang zu setzen, so sind mittelbar die Reichskammergerichtsordnungen von größter Bedeutung auch für die Ausbildung des gemeinen Zivilprozesses geworden, meistens wurde ihnen sogar von der gemeinrechtlichen Praxis subsidiäre Geltung zugeschrieben.

Von besonderem Einfluß waren die auf den Kammergerichtsprozeß bezüglichen Vorschriften des Jüngsten Reichsabschiedes (JRA.).

III. Die zahlreichen partikularen Prozeßgesetze aus der Zeit nach der Rezeption bleiben auf dem Boden des gemeinen Rechtes, und auch diejenigen unter ihnen, welche eine umfassende Ordnung des Verfahrens anstreben, lassen es doch neben sich als subsidiäres gelten.[5])

Freilich zeigen sich im einzelnen mancherlei Besonderheiten, in der Praxis wie der Gesetzgebung der verschiedenen Territorien, und vor allem die Eigentümlichkeiten des sächsischen Prozesses waren bedeutsam genug, um ihn zum gemeinen Prozesse in Gegensatz zu stellen und zum Gegenstande besonderer Lehre zu machen; zum Teile lassen sich diese Eigentümlichkeiten auf Institute des mittelalterlichen deutschen Prozesses zurückführen, die sich den fremden Rechten gegenüber behauptet haben.

Hiebei war ein nicht zu unterschätzender Faktor die literarische Bearbeitung des mittelalterlichen sächsischen Rechtes (für den Prozeß namentlich bedeutsam der Richtsteig Landrechts von Johann v. Buch, um 1330). — Aber die Grundlage auch des sächsischen Prozesses war doch die römisch-kanonische; nur in — mehr oder weniger wichtigen — Einzelheiten hat auf seine Gestaltung das mittelalterliche deutsche Recht eingewirkt.

IV. An der Entwicklung des gemeinen Prozeßrechtes hat aber auch die Wissenschaft einen großen Anteil. Wenngleich gewiß keine eigentliche Rechtsquelle, hat sie doch jahrhundertelang insofern die Stelle der Gesetzgebung vertreten und anderseits ihr vorgearbeitet, als sie die von der Praxis beobachteten Regeln formulierte und systematisch zusammenfaßte.

Aus der italienischen Doktrin hat die deutsche Rezeption geschöpft, die Hauptquelle der Erkenntnis des gemeinen Zivilprozeßrechtes ist die deutsche Prozeßliteratur

---

[4]) Die wichtigsten der einschlägigen Gesetze sind zusammengestellt in dem Corpus iuris iudiciarii civilis academicum, herausgegeben von Bergmann (1819).

[5]) Die Entwicklung des partikularen deutschen Prozeßrechts ist, unter allgemeinen Gesichtspunkten, übersichtlich dargestellt bei J. Ch. Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Zivilprozeßgesetzgebung (1898).

gewesen, und besonders durch die Werke des sächsischen Juristen Benedikt Carpzov († 1666) hat das sächsische Prozeßrecht seinen Einfluß auf die Entwicklung des gemeinen Prozeßrechtes gewonnen.

Die Schriftsteller des 16. Jahrhunderts schlossen sich aufs engste an die Italiener an, dann folgt eine Zeit unfruchtbarer Schultradition, die jede Fühlung mit den Quellen verliert; durch die Naturrechtslehre wird die rationelle Kritik des Bestehenden angeregt; [6]) Rückkehr zu den Quellen und geschichtliche Betrachtungsweise bewirkt auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses die historische Schule.

Wie sich übrigens aus dem Gesagten von selbst ergibt, scheidet sich die ältere deutsche Prozeßliteratur in drei Gruppen: die gemeinrechtlichen Schriftsteller, die sächsischen Prozessualisten und die Kameralschriftsteller. [7])

V. Seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts wird das gemeine Zivilprozeßrecht auf ein immer kleiner werdendes Gebiet zurückgedrängt durch partikulare Gesetzgebungen, die ausschließliche Geltung in Anspruch nehmen.

Der gemeine Prozeß war, zum Teil auch freilich durch die Schuld pedantischer und energieloser Prozeßleitung, ein sehr schwerfälliges und langsames Verfahren, in welchem durch ein Übermaß formalistischer, die Parteien wie den Richter beengender Bestimmungen oft genug das gute Recht zu Fall kam. Es war die preußische Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts, welche zuerst energisch eine durchgreifende Verbesserung der bürgerlichen Rechtspflege unternahm. Die Reformarbeit beginnt schon in der ersten Zeit der Regierung Friedrichs des Großen und schließt ab mit der allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten vom 6. Juli 1793 (AGO.).

Im Gegensatz zu der im gemeinen Prozeß auf die Spitze getriebenen „Verhandlungsmaxime", nach welcher die Parteien und ihre Sachwalter mit ihren Behauptungen und Anträgen Gang und Inhalt des Prozesses beherrschen, stellt die allgemeine Gerichtsordnung die Untersuchungsmaxime auf; sie weist den Richter an, unabhängig von den Parteien die Wahrheit zu erforschen. [8])

Zuerst ist die Untersuchungsmaxime aufgestellt im I. Buche des Corpus iuris Fridericianum vom 26. April 1781, aus dessen Umarbeitung die AGO. hervorging. Sie ist aber bald von der späteren preußischen Gesetzgebung selbst (für das regelmäßige Verfahren) wieder aufgegeben worden. (Insbesondere: Verordnung über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozeß vom 1. Juni 1833, sowie Verordnung über das Verfahren in Zivilprozessen vom 21. Juli 1846.)

---

[6]) Hervorzuheben Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses (2. Aufl. 1804).

[7]) Besonders einflußreich von den älteren sächsischen Prozessualisten außer Carpzov noch Chilian König († 1526), von den älteren Kameralisten Mynsinger († 1588) und Gaill († 1587).

[8]) Der Gegensatz ist dogmatisch zuerst entwickelt von Gönner, Handbuch Bd. 1 Nr. VIII.

VI. Die moderne Prozeßreform hat einen anderen Ausgangspunkt genommen. Der gemeine Prozeß war sehr bald zu einem rein schriftlichen Verfahren geworden. Nun hatte infolge der französischen Herrschaft im linksrheinischen Deutschland das Verfahren des Code de procédure civile von 1806 Geltung erlangt (in Kraft getreten mit dem 1. Juli 1807), und war schnell ebenso populär geworden, wie das gemeinrechtliche Verfahren dem Rechtsgefühle des deutschen Volkes stets fremd geblieben war.

Auch die Entwicklung des französischen Zivilprozesses geht aus von der römisch-kanonischen Grundlage. (Gewiß haben im einzelnen auch altfränkische Prozeßeinrichtungen eingewirkt, aber es ist doch übertrieben, von einer fränkisch-germanischen Grundlage des französischen Prozesses zu reden.) Eine so weitgehende Verwendung die Schrift aber auch im französischen Prozesse gefunden hat, völlig hat sie hier doch die mündliche Verhandlung nicht verdrängt und in einsichtiger Weise ist die Gesetzgebung um die Verbesserung des Verfahrens bemüht gewesen; von fundamentaler Bedeutung (auch noch für das geltende französische Prozeßrecht) ist insbesondere die Ordonnance civile Ludwigs XIV. vom April 1667.[9])

Den Hauptvorzug des französischen Verfahrens erblickte man in der Mündlichkeit der Parteiverhandlung vor dem erkennenden Gerichte, und die Schriftlichkeit des gemeinen Prozesses erschien als die Hauptwurzel seiner Gebrechen. Ein mündliches und öffentliches Gerichtsverfahren bildete also in erster Linie das Ziel der modernen Reformbestrebungen, die seit dem Jahre 1848 in der deutschen Prozeßgesetzgebung zum Siege gelangt sind. Der neuere preußische Prozeß hatte die schriftliche Unterlage des Urteils in der Hauptsache beibehalten, nur zu deren Aufklärung und Vervollständigung diente die angehängte mündliche Verhandlung. Unter den neueren partikularen Zivilprozeßordnungen[10]) ist die bedeutendste die hannoversche bürgerliche Prozeßordnung vom 8. November 1850, das Vorbild späterer Gesetzgebungswerke und eines der historischen Fundamente, auf denen unmittelbar unser geltendes Recht beruht. Sie hat das Prinzip der Mündlichkeit adoptiert, im übrigen aber selbständig das Verfahren gestaltet, mit möglichster Verwertung bewährter Ergebnisse der deutschen Rechtsentwicklung; dabei geht sie gerade in konsequenter Durchführung des Mündlichkeitsprinzipes über das französische Recht hinaus.

§ 8.

Die geltenden Zivilprozeßgesetze und ihre Entstehungsgeschichte.

I.[1]) Mit dem Streben nach Reform verband sich das Streben nach Einheit des deutschen Zivilprozeßrechtes. Ihm kam der Beschluß des

[9]) Einen kurzen Abriß der Geschichte des französischen Prozeßrechts gibt Garsonnet Bd. 2 §§ 533 ff.

[10]) Vgl. Wach § 14 IV—IX.

[1]) Wach § 10 X, § 11. Planck § 2. Schmidt § 14. Hellwig § 3. Die Einleitungen zu den Kommentaren.

Bundestages von 1862 entgegen, durch welchen eine Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer „allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten" eingesetzt wurde. Das Ergebnis ihrer Beratungen, denen die hannoversche Prozeßordnung zu Grunde gelegt wurde, war ein 1866 dem Bundestag vorgelegter Entwurf, den man nach dem Sitze der Kommission als „hannoverschen Entwurf" bezeichnet. Die preußische Regierung, welche die Teilnahme an dieser Kommission abgelehnt hatte, veröffentlichte im Jahre 1864 einen sich enger an das französische Recht anschließenden eigenen Entwurf einer „Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat".

II. Die politische Einigung Deutschlands, die Gründung des Norddeutschen Bundes und seine Erweiterung zum Deutschen Reiche, brachte endlich auch die Deutsche Rechtseinheit auf dem Gebiete des Zivilprozesses zu stande. Die Reichsverfassung (Art. 4 Nr. 13) unterstellt, übereinstimmend mit der Verfassung des Norddeutschen Bundes, der Kompetenz des Reiches die gemeinsame Gesetzgebung über das gerichtliche Verfahren.

Schon im Jahre 1867 war auf Antrag Preußens vom Bundesrat eine Kommission ernannt worden zur Ausarbeitung des Entwurfes „einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Staaten des Norddeutschen Bundes". Ihre Beratungen schlossen sich an den hannoverschen Entwurf an, aber berücksichtigten auch den preußischen Entwurf. Der im Jahre 1870 fertiggestellte Entwurf führt den Namen des Norddeutschen Entwurfes. Mit eingehender Benutzung desselben wurde im preußischen Justizministerium ein Entwurf ausgearbeitet und im Jahre 1871 veröffentlicht, der im großen und ganzen die Grundlage der späteren Entwürfe und des Gesetzes selbst geblieben ist (sogen. Entwurf I der Zivilprozeßordnung). In zahlreichen Einzelheiten freilich, die an sich zum Teil wichtig genug sind, ist er abgeändert und ergänzt worden: zuerst durch eine im Jahre 1871 vom Bundesrate bestellte Kommission (sogen. Entwurf II von 1872), dann durch die Beschlüsse des Bundesrates selbst (Entwurf III von 1874). Am 29. Oktober 1874 ward der vom Bundesrat beschlossene Entwurf „einer Zivilprozeßordnung und eines Einführungsgesetzes zu derselben", mit ausführlicher Begründung versehen, zugleich mit den Entwürfen einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes nebst den Einführungsgesetzen dazu, dem Reichstage vorgelegt; am 21. Dezember 1876 ist er mit den Änderungen, welche von der zur Vorberatung eingesetzten „Justizkommission" vorgeschlagen waren, fast einstimmig angenommen, und in dieser Gestalt, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrates, die Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz unter dem 30. Januar 1877 vollzogen und in dem am 19. Februar 1877 ausgegebenen Reichsgesetzblatt Nr. 6 verkündigt worden.

III. Eine einheitliche Regelung des gerichtlichen Verfahrens erfordert, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, auch eine einheitliche Verfassung

der Organe der Rechtspflege. Aus dieser Einsicht entsprang der Bundesratsentwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes nebst Einführungsgesetz, vom Reichstage vielfach abgeändert und um einen neuen Titel, den ersten Titel des Gesetzes, vermehrt. Vollzogen ist das Gerichtsverfassungsgesetz unter dem 27. Januar 1877, publiziert im Reichsgesetzblatt Nr. 4 vom 7. Februar 1877. Es enthält auch nicht eigentlich auf die Gerichtsverfassung bezügliche Bestimmungen, über Materien, welche dem Zivil- und Strafprozeß gemeinschaftlich sind.

IV.[2]) Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz bilden zusammen mit der Strafprozeßordnung und der Konkursordnung die umfassende sogen. Reichsjustizgebung, die am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten ist, zugleich mit einer Reihe von sie ergänzenden Nebengesetzen, nämlich: der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, dem Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 und drei Gebührenordnungen: der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878, für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878, für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879. Außerdem sind noch in den verschiedensten Reichsgesetzen zahlreiche Einzelbestimmungen enthalten, die auf den Zivilprozeß Bezug haben.[3])

Das Gerichtskostengesetz und die Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher sind abgeändert worden durch ein Gesetz vom 29. Juni 1881. Auch das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung haben verschiedene Änderungen erfahren; so insbesondere durch Gesetz vom 17. März 1886, betreffend Abänderung des § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes, durch Gesetz vom 30. April 1886, betreffend die Ergänzung des § 809 (jetzt § 929) der Zivilprozeßordnung, durch Gesetz vom 5. April 1888, betreffend die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen, durch Gesetz vom 29. März 1897 Art. 2 (Änderung des § 749 [jetzt § 850] Abs. 4 der ZPO.).

V.[4]) Bedeutende Änderungen brachten die durch das Bürgerliche Gesetzbuch veranlaßten „Novellen": Gesetz, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung, vom 17. Mai 1898, Gesetz, betreffend Änderungen der Zivilprozeßordnung und Einführungsgesetz zu diesem Gesetz, vom gleichen Datum. (Letzteres enthält auch Änderungen des Gerichtskostengesetzes in Art. IV und der Gebührenordnungen in Art. V—VII.) Auf Grund des gleichzeitig erlassenen Gesetzes, betreffend die Ermächtigung des Reichskanzlers zur Bekanntmachung der Texte verschiedener Reichsgesetze, sind die Texte des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung (ebenso auch u. a. die Texte des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnungen), wie sie sich aus diesen Änderungen ergaben, und zwar die Zivilprozeßordnung unter fortlaufender Nummernfolge der Paragraphen, also, da durch die Novelle mehrere Paragraphen gestrichen, zahlreiche Paragraphen hinzugesetzt sind, mit fast gänzlich

[2]) Wach § 12. Schmidt § 17. Hellwig § 4.
[3]) Eine Zusammenstellung z. B. bei Struckm.-Koch zu E.ZPO. § 13.
[4]) Hellwig § 3 III.

veränderter Zählung (ursprünglich 872, jetzt 1048 Paragraphen) im Reichsgesetzblatt von 1898 Nr. 25 bekanntgemacht worden. Die Novellen sind (nach Art. V der Gerichtsverfassungsnovelle, Art. I des Einführungsgesetzes zur Zivilprozeßnovelle) gleichzeitig mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, also am 1. Januar 1900, in Kraft getreten.

Die Änderungen hängen zum einen Teil innerlich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch zusammen, indem dieses zu einer anderen Fassung einzelner Gesetzesbestimmungen nötigte, vor allem aber die einheitliche Neuregelung von Materien ermöglichte oder sogar forderte, die bis dahin, bei der Verschiedenheit der partikularen Zivilrechte, der Landesgesetzgebung überlassen bleiben mußten. Ein anderer Teil der Änderungen aber will, ganz unabhängig vom Bürgerlichen Gesetzbuch, in einzelnen reformbedürftigen Punkten das Verfahren verbessern. Soweit die Änderungen mit dem BGB. zusammenhängen, sind sie schon bei den Beratungen des BGB. eingehend erwogen worden, auch ist auf sie schon in Art. I des Einführungsgesetzes zum BGB. hingewiesen.

Die einheitliche Regelung, die in der Novelle zur ZPO. der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen zu teil geworden ist, hat ihre (in ZPO. § 869 vorgesehene) Ergänzung gefunden durch das besondere Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (auf Grund des oben erwähnten Redaktionsgesetzes gleichfalls publiziert in Nr. 25 des Reichsgesetzblattes von 1898).

§ 9.

Geltung und Auslegung der Zivilprozeßgesetze.

I. Die Zivilprozeßordnung regelt das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten,[1] welche vor die ordentlichen Gerichte gehören, d. h. diejenigen Gerichte, die regelmäßig (soweit nicht ausnahmsweise „besondere" Gerichte zuständig) zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufen sind, und im Einklang damit beziehen sich die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und ihre Ausübung (E.ZPO. § 3, E.GVG. § 2).

Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird ebenso wie der der ordentlichen Gerichte und der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit in anderem Zusammenhang erörtert werden; s. unten §§ 10, 12.

II.[2] Auf ihrem Geltungsgebiete schließen sie, wie alles Reichsrecht (Reichsverfassung Art. 2) Landesrecht aus und haben daher auch bestehendes Landesrecht außer Kraft gesetzt (wogegen prinzipiell die prozeßrechtlichen Vorschriften der älteren Reichsgesetze unberührt geblieben sind, vgl. E.ZPO. § 13 Abs. 1;[3] sie schließen es aus, soweit nicht ausnahmsweise in einzelnen Bestimmungen auf Landesrecht verwiesen oder bestimmt ist, daß es nicht berührt werde; sei es, daß ausnahmsweise das Reichsrecht sich selbst nur subsidiäre Geltung beilegt, sei es, daß es eine nähere

[1] Vgl. oben § 3 III.
[2] Wach §§ 13, 16. Schmidt § 18. Hellwig § 4.
[3] Siehe jedoch die beiden folgenden Absätze dieses Paragraphen.

Bestimmung seiner Begriffe oder eine Ergänzung durch Landesrecht zuläßt oder sogar fordert (E.ZPO. § 14).

In besonders weitem Umfange fordert landesgesetzliche Ergänzung das Gerichtsverfassungsgesetz, da es sich bei der einheitlichen Regelung der Gerichtsverfassung auf das Notwendigste beschränkt. — S. ferner z. B. E.ZPO. §§ 14—17; E.GVG. § 5; E.ZPO. § 5; E.ZPO. § 11; GVG. § 17; ZPO. §§ 222[2], 418[2], 484, 801.

Das hienach zugelassene Landesprozeßrecht ist zum Teil in besonderen Gesetzen zusammengefaßt: „Ausführungsgesetzen" oder „Einführungsgesetzen" der einzelnen Bundesstaaten zum GVG., zur ZPO., zur Novelle zur ZPO., zum Zwangsversteigerungsgesetz, in Gerichtsvollzieherordnungen u. s. w.[4])

Staatsverträge einzelner Bundesstaaten sind nicht „Landesgesetze" im Sinne des zit. § 14 und daher durch die ZPO. nicht berührt.[5])

III.[6]) Die Normen des Zivilprozeßrechtes sind schlechthin bindend, ohne Rücksicht auf das Belieben der Beteiligten; ihr Wille hat nur insoweit rechtliche Wirkung, als das Gesetz ihm ausdrücklich oder stillschweigend Geltung zugesteht.[7]) Nur diese aus dem Wesen allen Rechtes sich von selbst ergebende Wahrheit ist der richtige Kern des althergebrachten Satzes, daß „Konventionalprozeß" (d. h. ein durch Vereinbarung der Beteiligten geordnetes Verfahren) unstatthaft sei.

IV.[8]) Da eine selbständige Staatsgewalt sich immer nur nach ihren eigenen Normen betätigt, so haben prinzipiell die Gerichte nach *ihrem eigenen Prozeßrechte* zu verfahren; das Prozeßrecht beherrscht die bei den Gerichten seines Geltungsgebietes anhängigen Prozesse, und ist maßgebend auch für Zulässigkeit, Inhalt und Form der einzelnen Prozeßhandlungen, die von den Gerichten seines Geltungsgebietes auf Ersuchen ausländischer Behörden für die Zwecke ausländischer Prozesse (auf Grund internationaler „Rechtshilfeverträge") vorzunehmen sind. Es *kann* aber das inländische Gericht auf besonderes Ersuchen auch ausländische Prozeßformen beobachten, soweit es ihm das eigene Recht nicht verbietet.

Vgl. Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 — Reichsgesetzblatt von 1899 Nr. 21 — (Haager Konvention) Art. 10.

Auf der anderen Seite ist die von einem ausländischen Gerichte für die Zwecke eines inländischen Prozesses vorgenommene Prozeßhandlung für diesen dann gültig, wenn sie den Vorschriften des inländischen Rechtes genügt, sollte sie auch nach ausländischem Rechte mangelhaft sein (ZPO. § 369).

---

[4]) „Die Landesgesetze und Verordnungen zur Ausführung und Ergänzung der ZPO.", Anhänge zu *Gaupp-Stein* (1900 ff.).

[5]) Von Bedeutung für die Frage, ob die Gegenseitigkeit im Sinne des § 328 Nr. 5 ZPO. verbürgt sei (s. die *Kommentare* zu diesem Paragraphen, *Hellwig* § 5 N. 46).

[6]) *Wach* § 15. *Planck* § 4 I. *Schmidt* § 19. *Hellwig* § 1 V.

[7]) Über den Unterschied *zwingender* und *nachgiebiger* Prozeßnormen s. unten § 84.

[8]) *Wach* §§ 17, 19. *Planck* § 4 II. *Schmidt* § 20. *Hellwig* § 5.

Eine andere nicht hieher gehörige Frage ist, ob und unter welchen Voraussetzungen einem ausländischen Urteil Wirksamkeit auch im Inland zuzugestehen sei. (ZPO. § 328.) Darüber unten § 62.

Mittelbar kann für den Prozeß ausländisches Recht maßgebend werden, insofern das Prozeßrecht auf zivilrechtliche Verhältnisse Bezug nimmt und diese sich nach ausländischem Rechte bestimmen; s. z. B. ZPO. §§ 51, 52, E.BGB. Art. 7, vgl. aber ZPO. § 55.

V.[9]) Das Prozeßrecht beherrscht alle Prozesse und Prozeßhandlungen, welche in die Zeit seiner Geltung fallen, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit des Anspruches, der den Gegenstand des Prozesses bildet. Denn der einzelne hat kein wohlerworbenes Recht auf eine bestimmte Form der Betätigung der Staatsgewalt, sondern muß sich bei einem Wechsel der Gesetzgebung die Anwendung derjenigen Regeln gefallen lassen, die der jetzt maßgebenden Rechtsanschauung entsprechen.

Der Anwendung dieses Prinzipes auch auf bereits begonnene Prozesse stellen sich allerdings bei einer völligen Neugestaltung des Verfahrens praktische Schwierigkeiten entgegen, und überhaupt erfordert eine umfassende Änderung der Prozeßgesetzgebung eingehende Übergangsbestimmungen. (Vgl. E.ZPO. §§ 18 ff.; Übergangsbestimmungen s. auch im E. z. Nov. z. ZPO. Art. VIII—X.)

VI.[10]) Das Zivilprozeßrecht regelt das Verfahren, die „Form", worin zivilrechtlichen Interessen der Schutz des Staates zu teil wird; es wird darum auch als „formelles Recht" bezeichnet im Verhältnis zum Zivilrecht, als dem „materiellen Recht", welches die Angelegenheiten regelt, die den Stoff, „die Materie", des Prozesses abgeben. Es gehört aber selbst dem öffentlichen Rechte an, da es seinem Wesen nach eine Betätigung der Staatsgewalt regelt.

Das Zivilprozeßrecht entnimmt auf der einen Seite, insbesondere in Hinsicht auf die Gerichtsverfassung, seine Grundlagen dem Staatsrechte. Auf der anderen Seite hängt es mit dem Zivilrecht aufs innigste zusammen; vielfach muß es in seinen Voraussetzungen auf zivilrechtliche Begriffe zurückgehen oder seine Bestimmungen nach Vorschriften des bürgerlichen Rechtes richten und greift es anderseits in das Zivilrecht ein, indem sich mit dem Prozeß zivilrechtliche Wirkungen verknüpfen. (S. z. B. ZPO. § 13 [Wohnsitz], §§ 50—52, 61, 66, 69, 72, 265, 267, 422, 429 u. s. w.) Die Scheidung rein zivilrechtlicher von rein prozeßrechtlichen Sätzen ist schon darum von Wichtigkeit, weil für ihre Geltung (in zeitlicher und örtlicher Hinsicht, in Hinsicht auf die Geltung von Landesgesetzen) ganz verschiedene Grundsätze gelten.

Es gibt aber auch ein „Grenzgebiet", das dem Zivilrecht und dem Zivilprozeßrecht gemeinsam angehört, Institute, die ebensowohl eine zivilrechtliche wie prozessuale Betrachtung zulassen (z. B. Klagbarkeitsvoraussetzungen, materielle Rechtskraft des Urteils).

Allerdings sehr bestritten. Gerade für die zeitliche und räumliche Geltung hier einschlägiger Sätze läßt sich eine durchgreifende Regel nicht aufstellen. Beispielsweise kann sehr wohl eine unter der Herrschaft des alten Rechtes entstandene Forderung klag-

[9]) Wach §§ 17, 18. Planck § 4 III. Schmidt § 20. Hellwig § 5.
[10]) Wach § 9. Planck § 3. Schmidt § 1. Hellwig § 1 II—IV.

bar bleiben, wenn ihr auch das neue Recht die Klagbarkeit abspricht (z. B. BGB. § 656);[11]) die Zulässigkeit einer Feststellungsklage bestimmt sich nach dem zur Zeit ihrer Erhebung geltenden Rechte; die materielle Rechtskraft eines Urteils bestimmt sich nach dem Recht, unter dessen Geltung es erlassen ist. Vgl. die einzelnen Materien, insbesondere unten § 20.

VII.[12]) Für die Auslegung der Zivilprozeßgesetze gelten die allgemeinen wissenschaftlichen Regeln. Gerade hier spielen eine große Rolle die sogen. Gesetzesmaterialien: die Motive der Entwürfe, die Beratungsprotokolle.[13]) So gewiß es auch ist, daß die Materialien keine Gesetzeskraft und daß sie keinen Anspruch auf Berücksichtigung haben, wenn sie mit einem sicheren Ergebnis der Auslegung des Gesetzes selbst in Widerspruch stehen, so kommt ihnen doch eine über ihren inneren, wissenschaftlichen, Wert hinausgehende Bedeutung insofern zu, als sie Aufschluß geben über Meinungen und Absichten derer, welche den Gesetzesgedanken maßgebenden Ausdruck verliehen haben.

Anhang.

Literarische Hilfsmittel.

Von umfassenderen literarischen Hilfsmitteln seien die folgenden genannt.

A. Für das gemeine Prozeßrecht:

Abschließend das Werk G. W. Wetzells, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl. (unter Mitwirkung Wachs, der § 33 [die Entwicklung der landesherrlichen Gerichtsbarkeit] zu einem wesentlichen Teile von Sohm bearbeitet). Leipzig 1878.[1])

Die neueren Zivilprozeßgesetzgebungen sind mitberücksichtigt bei A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. Leipzig und Heidelberg 1873.

B. Für das preußische Prozeßrecht:

C. F. Koch, Der preußische Zivilprozeß, 2. Aufl. Berlin 1855.

C. Für das französische Prozeßrecht:

Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, 2. Aufl. 1898—1902 (6 Bde., Bd. 4—6 in 2. Aufl. bearbeitet von Cézar-Bru).

D. Für das Reichsprozeßrecht:

I. Systematische Bearbeitungen:

A. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1. Leipzig 1885 (Einleitung, I. Buch: Lehre vom Prozeßgesetz, den Grenzen seiner Herrschaft und der Auslegung; II. Buch: Die Prozeßsubjekte, ihre Vertreter und Gehilfen), groß angelegt.

F. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts für den akademischen und praktischen Gebrauch. München 1885.

K. Birkmeyer, Grundriß und Materialien zur Vorlesung über den ordentlichen Zivilprozeß. Einleitung und allgemeiner Teil. Rostock und Berlin 1886.

J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2 Bände. München (1887—1896).

---

[11]) In diesem Sinne ist wiederholt entschieden; z. B. RG. in ERG. Bd. 46 Nr. 39 und 47. Vgl. die Zitate bei Sörgel, Rechtsprechung 1900/01, E.BGB. Art. 170 m.

[12]) Wach §§ 20—23. Hellwig § 3 IV. Seuffert Einleitung unter II.

[13]) Eine Sammlung derselben: „Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen", herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan.

[1]) Daneben verdient noch immer besondere Beachtung: H. Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Zivilprozeß. 8. Aufl. (Neudruck 1858).

A. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.

Die bis hieher aufgeführten Werke sind vor der Novelle von 1898 erschienen.

Ergänzung zu dem zuletzt genannten Werke: A. Schmidt, Die Änderungen des Zivilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898. Leipzig 1900.

F. Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1900.

A. Engelmann, Der Zivilprozeß. Geschichte und System. 3 Abteilungen. Dritter Band: Der deutsche Zivilprozeß. Breslau 1901.

H. Fitting, Der Reichszivilprozeß, 10. Aufl. Berlin 1900.

K. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd. (I. Buch: Das Zivilprozeßrecht; II. Buch: Inhalt und Begrenzung der ordentlichen streitigen Zivilgerichtsbarkeit; III. Buch: Die Voraussetzungen für Erteilung des urteilsmäßigen Rechtsschutzes). Leipzig 1903.

Gedrängte Darstellungen der Grundzüge des Zivilprozeßrechts:

L. v. Bar, Das deutsche Zivilprozeßrecht. Supplement zur 5. Auflage der v. Holtzendorffschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Leipzig 1890.

Fr. Stein, Das Zivilprozeßrecht. In Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

II. Umfassenderen Inhalts ferner:

J. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.

A. Wach, Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. Bonn 1896.

III. Kommentare zur Zivilprozeßordnung, soweit sie nach der Novelle von 1898 erschienen.

A. Förster und A. Engelmann, 2. Aufl. Grüneberg i. Schl. 1902 (im Erscheinen).

L. Gaupp, 4. Aufl., neu bearbeitet von Fr. Stein. Freiburg i. Br. 1901—1902.

E. Neukamp. Göttingen 1899.

J. Petersen, 5. Aufl., bearbeitet von E. Remelé und E. Anger. Lahr 1903 (im Erscheinen).

O. Reincke, 4. Aufl. Berlin 1900.

L. Seuffert, 8. Aufl., 1. Bd. München 1900. 2. Bd. 1903.

K. Struckmann und R. Koch (auch zum Gerichtsverfassungsgesetz), 8. Aufl., unter Mitwirkung von K. Rasch und P. Koll. Berlin 1901.

Von den nach der Novelle von 1898 nicht wieder aufgelegten Kommentaren war besonders verbreitet der von G. v. Wilmowski und M. Levy (auch zum Gerichtsverfassungsgesetz), 7. Aufl. 1895.

IV. Eine speziell dem Zivilprozeßrecht gewidmete Zeitschrift ist die Zeitschrift für Zivilprozeß, 1879 begründet von H. Busch, jetzt herausgegeben von M. Schultzenstein und F. Bierhaus, vom 25. Bande an ausgedehnt auf das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie bringt namentlich auch fortlaufende Literaturübersichten.[2])

V. Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen, namentlich: Entscheidungen des Reichsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes (seit 1889 auch denen der Reichsanwaltschaft), Entscheidungen in Zivilsachen.

J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, jetzt herausgeseben von H. F. Schütt.

VI. Zur Veranschaulichung des Ganges des Verfahrens diene besonders: Aktenstücke zur Einführung in das Prozeßrecht von Fr. Stein und R. Schmidt, Zivilprozeß bearbeitet von Fr. Stein, 5. Aufl. Leipzig 1903.

---

[2]) Zahlreiche zivilprozessuale Abhandlungen auch in den Zeitschriften allgemeineren Inhalts. Zu vergleichen die Zusammenstellung der abgekürzten Zitate (hinter dem Inhaltsverzeichnis).

Zweiter Teil.

Die Organisation der Zivilrechtspflege.[1]

---

§ 10.

Die ordentliche streitige Zivilgerichtsbarkeit.

(Insbesondere streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit.)

I. Die im Prozesse sich betätigende Macht des Staates bezeichnen wir als Gerichtsbarkeit, und teilen sie nach der Art des Prozesses ein in Zivil- und in Strafgerichtsbarkeit. (Vgl. oben § 6.)

Ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ihnen in gleicher Linie zu stellen sei, oder einen, nur in besonderer Weise geregelten, Zweig der Verwaltung bilde, ist zweifelhaft und bestritten.[2])

II.[3]) Als streitige stellen wir die Zivilgerichtsbarkeit in diesem Sinne der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegenüber; darunter verstehen wir die höchst mannigfaltige Wirksamkeit, durch welche sich die Staatsgewalt außerhalb des Prozesses in Hinsicht auf privatrechtliche Angelegenheiten betätigt. Die Abgrenzung beider Gebiete kann des näheren nur aus dem positiven Rechte entnommen werden. Es kommt darauf an, ob dieses für die Erledigung einer Angelegenheit ein Verfahren vorschreibt, das als eine Art des Prozesses anzusehen ist. Für gewisse Formen des Verfahrens steht der Begriff des Prozesses fest, bei anderen (so namentlich z. B. beim „Aufgebotsverfahren") schwankt die Auffassung der Theorie und der Gesetzgebung.

Die einzelnen Zweige der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind sehr verschiedener Art; es gehört ihr beispielsweise an das ganze Obervormundschaftswesen (insbesondere Bestellung, Beaufsichtigung, Absetzung eines Vormundes), die öffentliche Beurkundung von letztwilligen Verfügungen wie von Rechtsgeschäften unter Lebenden, die zivilrechtlich

---

[1]) Sie wird hier nur insoweit erörtert, als es für das Verständnis des Zivilprozeßrechtes notwendig erscheint. Vgl. namentlich die Darstellung Labands, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 3 (4. Aufl. 1901), Kapitel 13.

[2]) Zur Orientierung: der Art. Verwaltungsgerichtsbarkeit (v. Stengel) § 3 in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts.

[3]) Wach § 6. Schmidt § 27 (und „Änderungen" zu diesem Paragraphen). Hellwig § 12.

vorgeschriebene staatliche Prüfung und Bestätigung gewisser familienrechtlicher Akte, die Fürsorge für die Erhaltung eines Nachlasses, des Vermögens eines Abwesenden, das Depositenwesen, die Führung von Grundbüchern, von Registern mannigfachen Inhalts, Standesregistern, Handels-, Genossenschafts-, Markenregistern, der Patentrolle u. s. w. — Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind jetzt nicht mehr bloß die Gerichte — vgl. hiezu E.GVG. § 4 —, sondern auch die Notare und die verschiedensten Behörden (Grundbuchämter, Patentamt, Registerbehörden u. s. w.).

Eine begriffliche Scheidung ist nicht möglich, so oft sie auch schon in der Theorie versucht worden ist. Der Unterschied liegt insbesondere nicht in der Art der Tätigkeit: Beurkundung, Mitwirkung beim Abschlusse von Rechtsgeschäften, z. B. von Vergleichen, Bestellung eines gesetzlichen Vertreters (ZPO. §§ 57, 58), kommen auch im Prozesse vor, und Beweiserhebungen, Verfügungen, Entscheidungen, Zwangsmaßregeln (z. B. gegen Vormünder) kann auch die freiwillige Gerichtsbarkeit nicht entbehren. Auch die Art der Angelegenheiten ist nicht entscheidend; es gibt Angelegenheiten, die ihrer Natur nach sich ebensogut im Wege des Prozesses, wie als Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit behandeln lassen, allerdings können es nur solche sein, bei denen gegensätzliche Interessen in Frage stehen und also ein Parteiverhältnis möglich ist; besonders lehrreich ist hiefür die geschichtliche Entwicklung des Entmündigungsverfahrens (s. unten § 120); die Erbteilung erfolgt nach römischem und gemeinem Recht im Wege des Prozesses, nach neuerem Partikularrecht und Reichsrecht ist sie Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit; nach BGB. § 1308 kann die elterliche Einwilligung zur Eheschließung auf Antrag des bereits für volljährig erklärten Kindes durch das Vormundschaftsgericht ergänzt werden; nach § 32 des Personenstandsgesetzes war darauf Klage zu erheben. Auch darauf kommt nichts an, ob die Angelegenheit eine streitige oder unstreitige ist; das Mahnverfahren, eine Art des Prozesses, kann für sich allein seiner ganzen Anlage nach überhaupt nur unstreitige Ansprüche zur Erledigung bringen. Und endlich ist auch der Endzweck des Verfahrens nicht unbedingt maßgebend; es ist nicht unterscheidend, ob sein Ziel Repression oder Prävention ist, ob es Rechtsverwirklichung bezweckt oder staatliche Mitwirkung bei der Gestaltung (Begründung, Änderung, Endigung) privatrechtlicher Verhältnisse. Das Ehescheidungsurteil, das Urteil im Entmündigungsprozeß, das Urteil, durch welches der väterliche Heiratskonsens ergänzt wird, jede Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung sind Akte der streitigen Gerichtsbarkeit, die bestimmungsgemäß auf privatrechtliche Verhältnisse gestaltend einwirken, und die Eintragung in das Grundbuch bleibt ein Geschäft der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch wenn sie in Ausführung eines richterlichen Urteils erfolgt.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 bezieht sich nur auf solche Angelegenheiten, welche durch Reichsgesetz den Gerichten (nicht anderen Behörden oder nicht näher bestimmten Behörden) zugewiesen sind, § 1 (aber auch dann, wenn sie nach besonderer gesetzlicher Ermächtigung durch Landesgesetz anderen Behörden zugewiesen werden können, § 194), und auf die gerichtliche und notarielle Beurkundung von Rechtsgeschäften; es regelt spezieller noch, außer den zuletzt genannten Angelegenheiten: Vormundschaftssachen, Pflegschaftssachen und andere Sachen, in denen nach dem BGB. dem Vormundschaftsgericht eine Verrichtung obliegt (z. B. in Sachen der elterlichen Gewalt, in Ehe- und Güterrechtssachen), Annahme an Kindesstatt, Personenstandsachen, soweit darin nach dem Personenstandsgesetz (vom 6. Februar 1875) gewisse Verrichtungen dem Gericht obliegen, Nachlaßsachen, für die nach dem BGB. das Nachlaßgericht zuständig (z. B. Sicherung des Nachlasses vor Annahme der Erbschaft, § 1960, Anordnung der Nachlaßverwaltung, §§ 1975 f., Ausstellung des Erbscheins, §§ 2353 f., Entgegennahme der Ausschlagung der Erbschaft, § 1945 u. s. w.), Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, einer beendigten Gütergemeinschaft, Verfahren bei Eintragung der Schiffspfandrechte in das Schiffsregister, Führung der Handelsregister und sonstige Verrichtungen, die das Handelsgesetzbuch den

Gerichten zuweist, Genossenschaftssachen, gerichtliche Mitwirkung bei Aufnahme einer Dispache, Führung von Vereins- und Güterrechtsregistern, Abnahme von Offenbarungseiden, soweit sie nicht vor dem Prozeßgericht zu leisten sind, Mitwirkung bei der Untersuchung von Sachen durch Sachverständige, Bestellung eines Verwahrers, Pfandverkauf nach BGB. § 1246[2]. Seine Bestimmungen sind nicht erschöpfend, zu ihrer Ergänzung und Ausführung können durch Landesgesetz Vorschriften erlassen werden.

Die zur Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit berufenen Gerichte teilen sich in ordentliche und besondere Gerichte (vgl. über diesen Unterschied unten § 12 II). Danach scheidet man auch die Gerichtsbarkeit selbst in ordentliche Gerichtsbarkeit und Sondergerichtsbarkeit. Da dieses Lehrbuch sich prinzipiell innerhalb der Grenzen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung hält, so hat es zum Gegenstande nur die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit und ihre Ausübung und nur das Verfahren in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die vor die ordentlichen Gerichte gehören; wo daher im folgenden von Gerichtsbarkeit schlechthin geredet wird, ist darunter die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit zu verstehen.

III.[4]) Die für die Ausübung der Gerichtsbarkeit erforderlichen Einrichtungen zu treffen und darüber zu wachen, daß sie ordnungsmäßig funktionieren, ist Sache der Justizverwaltung.

In das Gebiet der Justizverwaltung fällt z. B. die Bestellung der Beamten und die Zusammensetzung der Behörden der Gerichtsbarkeit, der Erlaß allgemeiner Anordnungen, soweit die Gesetzgebung dazu Spielraum läßt, die Oberaufsicht über die Rechtspflege, die sich äußert in Visitationen, Einforderung von Berichten, Annahme und Erledigung von Beschwerden wegen verweigerter oder gehemmter Justiz („querela protractae vel denegatae iustitiae"; im Notfall ist nach Reichsverfassung Art. 77 der Bundesrat zur Abstellung solcher Beschwerden berufen).

Die Befugnis, Justizverwaltung zu handhaben, nennen wir Gerichtsherrlichkeit. Gerichtsherrlichkeit und Gerichtsbarkeit sind untrennbar miteinander verbunden, aber für ihre Ausübung gelten verschiedene Grundsätze.

Manche Geschäfte der Justizverwaltung sind übrigens vom Gesetze den Gerichten selbst übertragen. (Vgl. z. B. die Grundsätze über Kammerbildung, GVG. §§ 61 ff.)

Nach E.GVG. § 4 kann auch die Landesgesetzgebung den Gerichten Geschäfte der Justizverwaltung übertragen.

Des näheren gehört die Lehre von der Justizverwaltung und ihrer Organisation in das Gebiet des Verwaltungsrechtes.

§ 11.

Allgemeine Grundsätze über die Gerichtsbarkeit und ihre Ausübung.

I.[1]) Die Gerichtsbarkeit ist jetzt ein ausschließliches Vorrecht des Staates: die Gerichte sind Staatsgerichte. Der Gerichtsbarkeit der Kirche

[4]) Wach § 24. Schmidt § 31.
[1]) Schmidt § 32.

ist in weltlichen Angelegenheiten die bürgerliche Wirkung versagt, insbesondere in Ehe- und Verlöbnissachen. GVG. § 15[1. 3].

Für Ehe- und Verlöbnissachen hatte, um des sakramentalen Charakters der Ehe willen, die mittelalterliche Kirche die ausschließliche Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen und in einzelnen Bundesstaaten waren noch für sie geistliche Gerichte zuständig geblieben.[2])

II.[3]) Aufgehoben ist alle Privatgerichtsbarkeit: die Gerichtsbarkeit der Standesherren sowohl als die aus mittelalterlicher Grundherrschaft erwachsene Patrimonialgerichtsbarkeit; sie ist ersetzt durch die Gerichtsbarkeit des Bundesstaates, in dem sie ausgeübt wurde. Beseitigt sind auch Präsentationsrechte, welche die Gerichtsherrlichkeit des Landesherrn bei der Besetzung von Richterstellen beschränkten. GVG. § 15.

Städtische und ritterliche Gerichtsbarkeit bestand noch in den beiden Mecklenburg und beiden Lippe.[4])

III.[5]) Die Gerichtsbarkeit steht dem Reiche zu, soweit das Reichsgericht zuständig ist. Im übrigen ist sie den einzelnen Bundesstaaten verblieben, als eigenes, nicht von der Reichsgewalt abgeleitetes Recht, allerdings durch die Gerichtsbarkeit des Reiches beschränkt und in ihrer Ausübung an die Gesetze des Reiches gebunden.

Diese Auffassung ist bestritten, entspricht aber allein der geschichtlichen Entwicklung. — Die Ausübung der Gerichtsbarkeit kann durch Staatsverträge (Gerichtskonventionen), wie sie mehrfach zwischen einzelnen Bundesstaaten (z. B. zwischen Preußen und Waldeck, unter den thüringischen Staaten) abgeschlossen sind, ganz oder teilweise den Gerichten eines anderen Bundesstaates oder Gerichten, die verschiedenen Bundesstaaten gemeinschaftlich angehören, übertragen werden. — In Elsaß-Lothringen steht wie die gesamte Staatsgewalt, so auch die Gerichtsbarkeit dem Reiche zu.

Die Landesgesetzgebung eines Bundesstaates, der mehrere Oberlandesgerichte besitzt, kann, durch Errichtung eines obersten Landesgerichtes, die Zuständigkeit des Reichsgerichtes ausschließen, nur nicht für Sachen, die schon zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichtes gehört haben, und solche, die dem Reichsgerichte durch besondere Reichsgesetze zugewiesen sind, s. EGVG. § 8, vgl. § 10; von diesem Vorbehalt hat nur Bayern Gebrauch gemacht. Hinsichtlich des BGB. s. EG. Art. 6.

IV.[6]) Der Träger der Gerichtsbarkeit ist identisch mit dem Träger der Staatsgewalt überhaupt, von der sie nur eine einzelne Seite ist, das ist in den monarchischen Bundesstaaten der Landesherr. Aber für ihre Ausübung gelten besondere Grundsätze, die sie von der Verwaltung scharf unterscheiden.

1. „Die richterliche Gewalt“[7]) wird durch Gerichte ausgeübt, die

---

[2]) Begründung zu § 4 des Entwurfes des GVG.
[3]) Vgl. N. 2.
[4]) Vgl. N. 2.
[5]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 3 § 85. Schmidt § 33.
[6]) Wach § 24. Schmidt § 39 III. — Kommentare zu GVG. §§ 1, 6—9, 16. EGVG. § 4.
[7]) Darunter ist nichts anderes zu verstehen als eben die Gerichtsbarkeit — sofern sie durch die Gerichte auszuüben ist.

in dieser ihrer Tätigkeit von den Weisungen des Staatsoberhauptes und seiner Regierung unabhängig, nur an die „Gesetze", d. h. hier — wie auch im Sinne der Zivilprozeßordnung überhaupt — an die Normen des objektiven Rechtes gebunden sind. GVG. § 1. „Kabinettsjustiz ist ausgeschlossen."

E.ZPO. § 12: Gesetz im Sinne der Zivilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

2. Justiz und Verwaltung sind voneinander getrennt; die Gerichte können nicht zugleich Verwaltungsbehörden sein; Geschäfte der Justizverwaltung dürfen ihnen indes übertragen werden.[8]) E.GVG. § 4.

3. Die Unabhängigkeit der Rechtspflege ist gesichert durch die sogen. Garantien persönlicher Unabhängigkeit der Richter, welche in den §§ 6—9 des Gerichtsverfassungsgesetzes aufgestellt sind.

Es sind im einzelnen folgende: 1. Anstellung auf Lebenszeit; 2. festes Gehalt mit Ausschluß von Gebühren; 3. Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit im Verwaltungswege; nur kraft gerichtlicher Entscheidung und nur aus den gesetzlich bestimmten Gründen und in den gesetzlich vorgeschriebenen Formen darf ein Richter wider seinen Willen an eine andere Stelle versetzt, zeitweilig seines Amtes enthoben, in Ruhestand gesetzt oder abgesetzt werden; vgl. auch E.GVG. § 13; eine Ausnahme ist in GVG. § 8 Abs. 3 vorgesehen, möglich ist auch eine unmittelbar kraft Gesetzes eintretende vorläufige Amtsenthebung, GVG. § 8 Abs. 2; 4. Zulässigkeit gerichtlicher Klage für alle vermögensrechtlichen Ansprüche des Richters aus seinem Dienstverhältnis, GVG. § 9.

Diese Bestimmungen beziehen sich nicht auf Handelsrichter, GVG. § 11.

Über die Zulässigkeit von Hilfsrichtern s. unten § 14a VIII.

4. Die Organisation der Gerichtsbarkeit, wie sie reichsgesetzlich geordnet ist, darf so wenig durch die Landesgesetzgebung wie durch Verfügungen der Justizverwaltung durchbrochen werden. Ausnahmegerichte sind unstatthaft, niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. GVG. § 16.

§ 12.

Umfang der Gerichtsbarkeit.

(Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. „Zulässigkeit des Rechtsweges".)

I.[1]) Die Zuständigkeit einer Behörde für eine Angelegenheit bedeutet, daß diese Behörde verpflichtet und befugt sei, in dieser Angelegenheit tätig zu werden. Daß für eine Sache „der Rechtsweg zulässig" sei, heißt nichts anderes, als daß für diese Sache die Gerichte und nicht Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig seien.

Zulässigkeit des Rechtsweges bedeutet Zulässigkeit des Gerichtsweges, Prozeßweges; „Recht" ist hier nach einem sonst veralteten Sprachgebrauch (z. B. Richtsteig

[8]) Vgl. oben § 10 III.

[1]) Wach § 8. Schmidt § 25. Planck § 7 I. Hellwig §§ 10, 14. Gaupp-Stein, Vorbemerk. III vor ZPO. § 1. — Kommentare zu GVG. §§ 13, 17.

Landrechts, Lehnrechtes gleich Richtsteig Landgerichtes, Lehngerichtes) gleichbedeutend mit Gericht.

Die Angelegenheiten, die zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte gehören, heißen Verwaltungssachen. Justizsachen sind diejenigen, für welche der Rechtsweg zulässig ist. Die Justizsachen teilen sich wiederum in Zivilsachen (Zivilprozeßsachen) und in Strafsachen.

1. Die Abgrenzung aber der Justiz- und Verwaltungssachen (und hier wiederum des Verwaltungsgerichts- und der Verwaltungsbeschlußsachen) ergibt sich aus weit zerstreuten Bestimmungen der Reichs- und der Landesgesetzgebung. Die Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in privatrechtliche und öffentlichrechtliche ist nicht unbedingt dafür maßgebend.

Unter privatrechtlichen Verhältnissen sind dabei diejenigen verstanden, an denen Einzelpersonen als solche, d. h. ohne Rücksicht auf ihre Unterworfenheit unter die Staatsgewalt, beteiligt sind.

Zwar sind jedenfalls nicht Verwaltungssachen die rein privatrechtlichen, und nicht Zivilsachen die rein öffentlichrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere gibt es keinen privatrechtlichen Anspruch auf Betätigung oder Nichtbetätigung staatlicher Hoheitsrechte und können der Entscheidung der Gerichte niemals solche Fragen unterliegen, die dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden überlassen sind. Aber es gibt zahlreiche Verhältnisse, in denen sich privates und öffentliches Recht auf mannigfache Weise miteinander berühren, sei es, daß Befugnisse der Staatsgewalt auf privatrechtliche Verhältnisse einwirken, oder daß sie durch solche bedingt sind, oder daß Befugnisse privatrechtlichen Inhaltes auf öffentlichrechtlichen Verhältnissen beruhen.

Beispielsweise: Forderungen des Staates wegen öffentlicher Abgaben, anderseits Befreiungen von allgemeiner Abgabepflicht, Eingriffe in das Privateigentum zu öffentlichen Zwecken. — Vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten aus dem Amtsverhältnis, Schadensersatzansprüche gegen einen Beamten oder den Staat selbst wegen Überschreitung der Amtsbefugnisse.

Mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege hat sich, wie es scheint, auch die Regel befestigt, daß für solche Angelegenheiten, an denen (wesentlich und unmittelbar) das privatrechtliche Interesse des einzelnen beteiligt ist, gerichtlicher Schutz zu gewähren sei.[2]) Alle Sachen dieser Art sind also „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" und es ist für sie der Rechtsweg zulässig; aber doch nur eben insoweit, als nicht mit Rücksicht auf überwiegende Verwaltungsinteressen durch Reichs- oder Landesgesetze die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist. GVG. § 13.

---

[2]) Diese Tendenz tritt allgemein in der Rechtsprechung der Gerichte hervor. Vgl. namentlich die bei Stölzel (in dem unten N. 3 zitierten Buche) S. 46 N. 12 angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts. — Die hier vertretene Anschauung ist in der Theorie stark bestritten.

Ein allgemeiner Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" ist notwendig für die Fälle, in denen es an einer besonderen positiven Bestimmung fehlt. Der hier aufgestellte darf wohl als das Ergebnis der geschichtlichen Entwicklung bezeichnet werden, das den verschiedenen Einzelbestimmungen zu Grunde liegt. Unter privatrechtlichen Interessen sind dabei solche Interessen verstanden, die im Verhältnis der Einzelpersonen zueinander das Privatrecht regelt.

Ausdrücklich ist die Zulässigkeit des Rechtsweges angeordnet und insoweit also die Landesgesetzgebung beschränkt durch GVG. § 9, E.ZPO. §§ 4 und 5 und in einer Reihe von Reichsgesetzen verschiedensten Inhaltes, z. B. R.-Beamtengesetz vom 31. März 1873, § 73.

Ein reichsgesetzlich bestelltes Verwaltungsgericht ist z. B. das Reichsversicherungsamt, RGes. vom 30. Juni 1900, §§ 11 ff.

Für Preußen vgl. insbesondere Ges. vom 24. Mai 1861 betreffend die Erweiterung des Rechtsweges und die Gesetze vom 30. Juli und 1. August 1883 über die allgemeine Landesverwaltung und über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden.[3])

Die gesetzlichen Bestimmungen der Einzelstaaten über die Zulässigkeit des Rechtsweges haben übrigens nur für sie selber Geltung; die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges ist von jedem Gericht nach dem Recht seines Staates zu prüfen (die herrschende, nicht unbestrittene[4]) Meinung).

Das Detail bleibt der Lehre vom Verwaltungsrecht überlassen.

Mit der Zuständigkeit von Verwaltungsorganen ist vielfach die Zulässigkeit des Rechtsweges auf mannigfache Art verknüpft; bald 1. so, daß zunächst eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat, gegen ihre Entscheidung aber die Berufung auf den Rechtsweg zulässig ist, oder 2. so, daß der Anforderung der Verwaltungsbehörde zunächst genügt werden muß, aber das Geleistete im Wege gerichtlicher Klage zurückgefordert werden kann, oder endlich 3. so, daß die Entscheidung der Angelegenheit geteilt wird, die öffentlichrechtliche Frage oder ein einzelner dem Ermessen der Verwaltung überlassener Punkt von der Verwaltungsbehörde, die privatrechtliche vom Gerichte zu erledigen ist.

Beispiele zu 1.: Gewerbeordnung § 75, Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, § 144, RGes. betreffend die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898, § 5. — Zu 2.: Reichsstempelgesetz (in der Fassung vom 14. Juni 1900) § 43. Indem über die Rückforderung entschieden wird, wird mittelbar über die Berechtigung der Forderung entschieden; ist also hinsichtlich einer Forderung der Rechtsweg ausgeschlossen, so ist er an und für sich auch für die Rückforderung nicht zulässig. — Zu 3.: E.GVG. § 11, Gewerbeordnung § 51, Reichsbeamtengesetz §§ 155, 149.

2. Über die Zulässigkeit des Rechtsweges entscheiden die Gerichte, sie sind „kompetent", über ihre eigene Kompetenz zu entscheiden (sogen. „Kompetenz-Kompetenz"). Die Entscheidung der Gerichte über ihre Zuständigkeit bindet die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte, die

---

[3]) Vgl. namentlich O. Stölzel, Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen (1901); die Rechtsquellen daselbst im Anhange.

[4]) Dagegen Hellwig § 10 II N. 49.

der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte bindet die Gerichte nicht. GVG. § 17[1].

Und auch eine Entscheidung in der Sache selbst, die die unzuständige Verwaltungsbehörde erlassen, schließt nicht die gerichtliche Entscheidung aus.

Jedoch kann die Landesgesetzgebung die Entscheidung von Streitigkeiten, die sich über die Zulässigkeit des Rechtsweges zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten erheben, die Entscheidung von sogen. „Kompetenzkonflikten", besonderen Behörden („Kompetenzkonfliktsgerichtshöfen") nach Maßgabe gewisser im GVG. § 17 aufgestellten Normativbestimmungen übertragen. Vgl. dazu E.GVG. § 17[1].

Der Kompetenzkonflikt kann ein positiver oder ein negativer sein. Er ist ein positiver, wenn sich die beteiligten Behörden beiderseits für zuständig, ein negativer, wenn sie sich beiderseits für unzuständig erklären.

Der Antrag auf Entscheidung des Kompetenzkonfliktsgerichtshofes von seiten der (nach Landesgesetz dazu berufenen) Verwaltungsbehörde ist die sogen. „Erhebung des Kompetenzkonfliktes" (vgl. dazu E.ZPO. § 15 Nr. 1).

Die Erhebung des positiven Kompetenzkonfliktes ist nicht mehr statthaft, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs bereits durch rechtskräftiges Urteil des Gerichtes feststeht. GVG. § 17[2] Nr. 4.

Ein Kompetenzkonfliktshof kann aber immer nur zuständig sein für Konflikte der Verwaltungsbehörden und Gerichte des eigenen Staates; nicht kann gegenüber den Gerichten eines anderen Staates oder gegenüber dem Reichsgericht[5]) von einer Verwaltungsbehörde der Kompetenzkonflikt erhoben werden.

II.[6]) Die Gerichte, die der Regel nach zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufen sind, heißen ordentliche Gerichte; es sind die Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte, das Reichsgericht (bezw. oberstes Landesgericht, E.GVG. § 9). GVG. § 12. Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche überhaupt der Rechtsweg zulässig ist, soweit sie nicht ausnahmsweise ihrer Zuständigkeit entzogen und besonderen Gerichten zugewiesen sind. Besondere Gerichte können durch Reichsgesetz bestellt werden oder durch Landesgesetz; durch Landesgesetz aber nur insoweit, als es reichsgesetzlich für zulässig erklärt ist. GVG. § 13.

Über ihre Zuständigkeit entscheiden die besonderen Gerichte mit der gleichen Wirksamkeit wie die ordentlichen.[7])

---

[5]) Die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts, ERG. Bd. 48 Nr. 43, erklärt die Erhebung des Kompetenzkonfliktes für unzulässig, wenn der Rechtsstreit bereits durch Einlegung der Revision beim Reichsgerichte anhängig geworden sei; weitergehend das preußische Gesetz vom 22. Mai 1902 Art. I, wonach der Kompetenzkonflikt schon ausgeschlossen, wenn ein mit der Revision anfechtbares Urteil ergangen ist. — Gegen die Entscheidung des RG. namentlich Laband, Staatsrecht Bd. 3, S. 364 ff.

[6]) Wach § 29. Planck § 7 II. Schmidt § 42. Hellwig § 11. Gaupp-Stein, Vorbemerk. IV vor ZPO. § 1. — Komment. zu GVG. §§ 12, 14.

[7]) Darüber vgl. die Ausführungen von Wittmaack, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd 90, S. 1 ff. (gegen Wach § 30 II, wonach die Zuständigkeit der besonderen Gerichte ihre Fähigkeit zur Ausübung der Gerichtsbarkeit begrenzt; so auch Hellwig § 14 III).

Die Konsulargerichte (RGes. vom 7. April 1900) und die Gerichte in den deutschen Schutzgebieten, die man als reichsgesetzlich bestellte besondere Gerichte aufzuführen pflegt, sind allerdings nicht „ordentliche Gerichte", unterscheiden sich aber von den übrigen besonderen Gerichten dadurch, daß sie nicht die — sonst gegebene — Zuständigkeit ordentlicher Gerichte ausschließen, sondern die Stelle ordentlicher Gerichte versehen, wo solche überhaupt nicht (örtlich) zuständig sind. Die Prisengerichte (Gesetz betreffend die Prisengerichtsbarkeit vom 3. Mai 1884) sind Verwaltungsbehörden, den Expropriationsbehörden vergleichbar.

Reichsgesetzlich zugelassene besondere Gerichte s. GVG. § 5 (Gerichte der Landesherrn u. s. w.), GVG. § 14. 1. Die auf Staatsverträgen beruhenden Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte, 2. sogen. agrarische Gerichte, 3. innerhalb gewisser Schranken Gemeindegerichte, 4. Gewerbegerichte. Für Gemeinden über 20000 Einwohnern müssen sogar Gewerbegerichte errichtet werden, Gewerbegerichtsgesetz in der Fassung vom 29. September 1901, § 2.

Beseitigt sind die mannigfachen besonderen Gerichte, welche die frühere deutsche Rechtsentwicklung hervorgebracht hatte, mit Rücksicht auf Stand oder Beruf (dahin gehörten auch die akademischen Gerichte) oder besondere Lebensverhältnisse, wie Lehngerichte, bäuerliche Gerichte (Meierdinge), Handels-, Zunft-, Berg-, Forst-, Wassergerichte u. s. w.

III.[8]) Die inländische Gerichtsbarkeit, soweit sie sich im Urteil äußert, erstreckt sich auf alle Personen, für welche nach den noch zu erörternden Regeln ein inländisches Gericht zuständig ist, ohne Unterschied, ob sie Ausländer oder Inländer sind. Hienach sind ihr insbesondere die Personen unterworfen, die ihren Wohnsitz im Inlande haben, und für dingliche Rechtsverhältnisse an Immobilien ist sogar ausschließlich das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sie gelegen sind. ZPO. §§ 13, 24.

Vollstreckungsakte können selbstverständlich nur gegen im Inland befindliche Personen oder Sachen vorgenommen werden. Inwieweit inländische Entscheidungen rechtsändernd wirken können, hängt (kurz gesagt) von dem „Sitze" des fraglichen Rechtsverhältnisses ab, beantwortet sich also nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts.[9])

Als Inland aber gilt in Hinsicht auf die Rechtspflege das ganze Gebiet des Deutschen Reiches; alle deutschen Gerichte sind sich zur Rechtshilfe (GVG. § 157, vgl. unten § 14b) verbunden, einerlei, ob sie demselben oder verschiedenen Bundesstaaten angehören. Die Entscheidungen eines deutschen Gerichtes sind ohne weiteres im ganzen Gebiete des Deutschen Reiches wirksam.

Sie werden daher überall im Deutschen Reiche, auch in einem anderen Bundesstaate, ganz in derselben Weise zugestellt und vollstreckt, wie im eigenen Gerichtsbezirke; dabei kann wegen Erteilung eines Auftrages an einen Gerichtsvollzieher die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichtes, in dessen Bezirk der Auftrag auszuführen ist, in Anspruch genommen werden; s. GVG. §§ 161, 162.

IV.[10]) Ausgenommen sind von der inländischen Gerichtsbarkeit diejenigen Personen, die nach Völkerrecht exterritorial sind. Sie können

---

[8]) Schmidt § 48. Hellwig § 16.
[9]) Darüber eingehend Hellwig § 17.
[10]) Schmidt § 49. Hellwig § 18 II. Gaupp-Stein Vorbemerk. VI A vor ZPO. § 1. — Komment. zu GVG. §§ 18—21.

im Inlande klagen (im Fall des Unterliegens auch in die Prozeßkosten verurteilt), aber nicht verklagt werden.

Die anerkannten Grundsätze des Völkerrechts sind durch das GVG. nicht berührt. — Was über die Frage der Exterritorialität das GVG. des näheren bestimmt, ist folgendes: 1. Die Personen, die einer beim Deutschen Reiche beglaubigten Mission angehören, sind der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen, GVG. § 18, s. aber § 19. 2. Die Angehörigen einer bei einem Bundesstaate beglaubigten Mission sind der Gerichtsbarkeit dieses Staates entzogen. 3. Die nichtpreußischen Mitglieder des Bundesrates unterstehen nicht der preußischen Gerichtsbarkeit (vgl. Reichsverfassung Art. 10). 4. Die im Deutschen Reiche angestellten Konsuln sind der inländischen Gerichtsbarkeit nur dann nicht unterworfen, wenn sie durch besondere völkerrechtliche Vereinbarung davon befreit sind, GVG. § 21. 5. Dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstande gegenüber (ZPO. § 24) kommt die Exterritorialität nicht in Betracht, GVG. § 20.

Daß auch auswärtige Souveräne exterritorial seien, läßt sich wohl aus der Exterritorialität ihrer völkerrechtlichen Vertreter folgern.[11]) Höchst zweifelhaft und bestritten ist die Frage, ob auch fremde Staaten der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen sind. In der Rechtsprechung der höheren deutschen Gerichte ist es anerkannter Grundsatz, daß sowohl auswärtige Souveräne wie fremde Staaten der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterstehen.[12])

V. Die deutschen Landesherrn und die Mitglieder ihrer Familie, sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, ebenso die Mitglieder des vormaligen hannövrischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses können durch ihre Hausverfassungen oder durch Landesgesetze von der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgenommen sein; jedoch muß für vermögensrechtliche Ansprüche dritter der Rechtsweg jedenfalls, wenn auch nur bei einem besonderen Gerichte, zulässig und auch von der Einwilligung des Landesherrn unabhängig sein. E.GVG. § 5, E.ZPO. § 5.

Ob diese besonderen Bestimmungen der Haus- und Landesgesetze für das ganze Gebiet des Reichs (oder nur in dem einzelnen Bundesstaate, in dem sie erlassen sind) Geltung haben, ist bestritten. Überwiegende Gründe scheinen für die Bejahung zu sprechen. Es spricht dafür namentlich die bundesstaatliche Einigung und der Wortlaut der zitierten Bestimmungen.[13])

§ 13.

Organisation der Rechtspflege im allgemeinen.[1])

I. Nach gemeinem Prozeßrechte[2]) waren es die Gerichte allein, welche die Gerichtsbarkeit ihrem ganzen Inhalte nach handhabten (und daher

[11]) Zwingend ist der Schluß freilich nicht.

[12]) E. Löning, Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveräne (Festgabe für Fitting. 1903) S. 23 ff.

[13]) Laband, Staatsrecht Bd. 4, S. 370; ausführlich Wittmaack im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 90, S. 47 (Literaturangaben daselbst S. 48 N. 34; auch Hellwig § 10 II N. 49).

[1]) Wach § 25. Schmidt § 34.

[2]) Wetzell § 36.

eben auch der Ausdruck „Gerichtsbarkeit"). Die Gerichte bewirkten insbesondere auch selbst die Zustellung ihrer Verfügungen und Urteile und deren Vollstreckung durch Unterbeamte (Gerichtsdiener, Gerichtsboten), welche an die ihnen vom Richter gegebenen Weisungen gebunden waren. Unter dem Einflusse des französischen Prozeßrechtes,[3]) welches überhaupt den Grundsatz verfolgt, das Richteramt auf die ihm wesentliche Aufgabe des Entscheidens zu beschränken und von anderen Geschäften frei zu halten,[4]) hat die Zivilprozeßordnung die Zustellungen und namentlich die Besorgung der Ladungen (worunter man versteht: die Aufforderung zu einer bestimmten Zeit vor Gericht zu erscheinen), sowie die Zwangsvollstreckung zu einem großen Teil besonderen Beamten, den Gerichtsvollziehern, übertragen, die auf Anrufen der Parteien selbständig tätig werden.[5])

II. Die Gerichte sind entweder mit „Einzelrichtern" besetzt, die jeder für sich allein tätig werden, oder sie sind kollegialisch organisiert, d. h. die Gerichtsgewalt wird von einer organisierten Mehrheit von Richtern, einem Richterkollegium, ausgeübt („Kollegialgericht").[6])

III. Den Richtern sind Gerichtschreiber[7]) beigegeben, deren wesentliche Funktion die Beurkundung des Prozesses ist, soweit das Gesetz sie vorschreibt (bezüglich des Sitzungsprotokolles s. speziell ZPO. §§ 159—165), sowie die Ausfertigung der gerichtlichen Entscheidungen (ZPO. §§ 317, 329). Außerdem liegen ihnen noch mannigfache andere Geschäfte ob.

So die Führung der Prozeßakten, die Erteilung von Ausfertigungen, Auszügen, Abschriften daraus (ZPO. § 299), die Erteilung von Rechtskraftzeugnissen (ZPO. § 706), die Vermittlung des schriftlichen Verkehres zwischen Gericht und Parteien (ZPO. §§ 216, 261). Der Gerichtschreiber hat ferner für die Zustellung der gerichtlichen Entscheidungen zu sorgen, soweit sie von Amts wegen zuzustellen sind (ZPO. § 209); als ausführendes Organ des Gerichtes zeigt er sich auch, wenn er gerichtlich beschlossene Ladungen selber ausfertigt (ZPO. § 377). In den Dienst der Parteien ist er gestellt, wenn das Gesetz in gewissem Umfange ihn auch die Zustellung von Parteischriften, sowie Aufträge zur Zwangsvollstreckung an den Gerichtsvollzieher vermitteln läßt (ZPO. §§ 166, 196, 753), ihm die protokollarische Aufnahme von Parteigesuchen und Parteierklärungen überträgt (z. B. ZPO. §§ 44, 104, 118, 569, 573; in weiterem Umfang im amtsgerichtlichen Verfahren, ZPO. §§ 496, 501). Auch an der Zwangsvollstreckung beteiligt es ihn insofern, als es ihm der Regel nach die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigungen zuweist, ohne die (von wenigen Ausnahmen abgesehen) keine Zwangsvollstreckung erfolgen kann (ZPO. § 724); hier (wie noch in manchen anderen Fällen) entscheidet er also selbständig. Seine Entscheidungen können aber, auf Verlangen eines Beteiligten, vom Prozeßgerichte abgeändert werden, ZPO. § 576.

Der Gerichtschreiber ist nicht Mitglied des Gerichtes als rechtsprechender Behörde; aber sein Amt gehört zur vollständigen Organisation des Gerichtes, und er

[3]) Garsonnet I §§ 223 ff. Der entsprechende französische Beamte führt die Bezeichnung „huissier".
[4]) Man spricht von einem Prinzip der „Reinhaltung des richterlichen Amtes".
[5]) Wach § 25 III 3. Planck § 33. Schmidt § 36, § 37 unter a.
[6]) Vgl. unten § 14a.
[7]) Wach § 14 I 2. Planck § 32. Schmidt §§ 38, 39. Historisches bei Wetzell § 36 II.

ist folglich allerdings ein wesentlicher Bestandteil des Gerichtes in einem weiteren Sinne des Wortes, als organisierter Behörde der Rechtspflege.

IV. Des näheren werden sich die Funktionen dieser wesentlichen Organe der Gerichtsbarkeit, des Gerichtes, des Gerichtschreibers, des Gerichtsvollziehers, wie ihr Verhältnis zu den Parteien aus der Darstellung des Verfahrens ergeben.[8])

Das Gesetz nimmt in einzelnen Beziehungen auch die Tätigkeit anderer Beamten und Behörden für die Zwecke der Rechtspflege in Anspruch, so namentlich bei Zustellungen, z. B. des Gerichtsdieners (ZPO. § 211), der Post (ZPO. § 193). Der Gerichtsvollzieher kann sich bei der Zwangsvollstreckung der Mitwirkung der Polizei bedienen und durch gerichtliche Vermittlung militärische Unterstützung nachsuchen (ZPO. § 758). Vgl. auch ZPO. §§ 790, 912.

V. Die Regelung der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher und die Geschäftseinrichtung der Gerichtschreibereien überläßt das Gerichtsverfassungsgesetz für das Reichsgericht dem Reichskanzler, für die Landesgerichte den Landesjustizverwaltungen; nur verlangt es, daß bei jedem Gerichte eine Gerichtschreiberei eingerichtet werden müsse (GVG. §§ 154, 155). Die reichsgesetzliche Organisation der *Gerichte* ist im folgenden zu erörtern.

§ 14.

Organisation der Gerichte.

1. Zuständigkeit.[1])

I. Die Organisation der Gerichte schließt *zweierlei* Bestimmungen in sich: 1. Bestimmungen über die Beschaffenheit, namentlich die Besetzung, der Gerichte, und 2. Regeln über ihre Zuständigkeit. Man unterscheidet diese beiden Gruppen gesetzlicher Bestimmungen als die *innere* und die *äußere* Gerichtsorganisation. Zum Teil hängen sie wesentlich miteinander zusammen, indem einer Verschiedenheit der Aufgaben immer auch eine verschiedene Beschaffenheit der Gerichte entspricht.

II. *Zuständigkeit* eines Gerichtes bedeutet den Umfang, in dem es zur Ausübung der Gerichtsbarkeit berufen ist, oder, wie man auch sagen kann: den ihm gesetzlich zugewiesenen Kreis von Geschäften der Gerichtsbarkeit. Die Zuständigkeit eines Gerichtes zu einer *Handlung* bedeutet, daß dem Gericht die Vornahme dieser Handlung, die Zuständigkeit eines Gerichtes für eine *Angelegenheit* bedeutet, daß ihm die Erledigung dieser Angelegenheit „zusteht", daß diese Handlung, die Erledigung dieser Sache in seinen gesetzlich geordneten Geschäftskreis gehört. Die Zuständigkeit der Gerichte bestimmt sich aber teils nach *sachlichem* Gesichtspunkt, mit Rücksicht auf die Verschiedenartigkeit der dem Gerichte zugewiesene Geschäfte, das ist die „*sachliche*" *Zuständigkeit*, teils be-

[8]) Über ihre Ausschließung und Ablehnung unten § 83 (in der Lehre von den Prozeßhandlungen).

[1]) *Wach* § 28. *Planck* § 6. *Schmidt* § 43.

stimmt sie sich in *räumlicher* Hinsicht, mit Rücksicht auf die örtliche Beziehung der Geschäfte zu dem einem jeden Gerichte zugewiesenen geographischen Bezirke, das ist die „*örtliche*" *Zuständigkeit*. Da mit der Verschiedenheit der sachlichen Zuständigkeit eine verschiedene Beschaffenheit der Gerichte Hand in Hand geht, so handelt es sich zunächst bei der Frage nach der sachlichen Zuständigkeit um eine Auswahl unter *verschiedenartigen* Gerichten; wenn die sachlich zuständige Gerichtsart gefunden ist, so handelt es sich dann weiterhin bei der Frage nach der örtlichen Zuständigkeit um eine Auswahl unter mehreren *gleichartigen* Gerichten.

III. *Sachliche Zuständigkeit*. 1. Unter den Geschäften der Gerichte ist von besonderer Bedeutung die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten (die durch eine Klage eingeleitet sind), und von besonderer Bedeutung ist darum auch die Frage, für welcherlei Klagen ein Gericht zuständig, über welcherlei Klagen vor ihm zu verhandeln und von ihm zu entscheiden sei; man kann die sachliche Zuständigkeit in dieser Hinsicht als *Klagezuständigkeit* bezeichnen, und an sie denkt man gewöhnlich auf zivilprozessualem Gebiete, wenn man von sachlicher Zuständigkeit schlechtweg redet. Namentlich auch in dieser Richtung unterscheidet sich die Zuständigkeit der *Amtsgerichte* und der *Landgerichte*, indem gewisse Klagsachen den mit Einzelrichtern besetzten Amtsgerichten, gewisse andere Klagsachen den kollegialisch organisierten Landgerichten (vgl. den folgenden Paragraphen) zur Verhandlung und Entscheidung zugewiesen sind.

2. Die Amtsgerichte sind nicht bloß zur Erledigung von Rechtsstreitigkeiten zuständig; sie haben außerdem noch mannigfache andere Funktionen.

Sie sind beispielsweise auch als „*Vollstreckungsgerichte*" zuständig, wo die Zivilprozeßordnung eine gerichtliche Anordnung von Vollstreckungshandlungen oder eine gerichtliche Mitwirkung bei solchen erfordert; als „*ersuchte*" Gerichte haben sie „Rechtshilfe" zu leisten; sie sind Vergleichsbehörden, namentlich sind sie in Ehesachen zum Sühneversuche berufen; auch sind besondere Arten des Verfahrens an sie gewiesen: das Mahnverfahren, das Aufgebotsverfahren, das Konkursverfahren. GVG. §§ 23, 24, 158, ZPO. §§ 510, 609, 689, 764; vgl. auch ZPO. §§ 486, 645, 675, 680, 685, 797, 919, 936, 942.

3. Ein anderer Punkt, in dem sich die sachliche Zuständigkeit der Gerichte unterscheidet, ist folgender. Ein Gericht kann zur *erstmaligen* Entscheidung berufen sein oder zur Entscheidung über ein *Rechtsmittel*, das gegen die Entscheidung eines anderen Gerichtes eingelegt wird.

Insofern das „Rechtsmittelgericht" die Macht hat, die angefochtene Entscheidung aufzuheben, erscheint es als das höhere, übergeordnete Gericht, und es treten so die Gerichte in ein Verhältnis der Über- und Unterordnung, in ein „*Instanzenverhältnis*" zueinander; es können in einer und derselben Sache verschiedene Gerichte in geordneter Stufenfolge — in erster, zweiter, dritter Instanz — angerufen werden. Diese Art der sachlichen Zuständigkeit, die „graduelle" Zuständigkeit, Zuständigkeit

im Instanzenzuge, ist durch die Gestaltung des Rechtsmittelsystems bedingt und kann daher ihre nähere Erörterung nur im Zusammenhang mit diesem finden.

Gerichte erster Instanz sind die Amtsgerichte und die Landgerichte; die Landgerichte sind aber zugleich auch Rechtsmittelgerichte im Verhältnis zu den Amtsgerichten (GVG. § 71). Über den Landgerichten stehen die Oberlandesgerichte (GVG. § 123), diesen ist das Reichsgericht übergeordnet (GVG. § 135), das seinen Sitz in Leipzig hat (GVG. § 125, Gesetz vom 11. April 1877).

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte höherer Instanz bestimmt sich allein nach dem Rechtsmittel, über welches sie zu entscheiden berufen sind; im übrigen kann es sich für sie nur fragen, ob das Gericht der unteren Instanz zu seiner Entscheidung zuständig war.

In der Theorie[2]) wird unterschieden: sachliche Zuständigkeit im engeren Sinne — d. i. die hier sogen. Klagezuständigkeit —, funktionelle Zuständigkeit (nach den Verschiedenartigkeiten der Funktionen, ob erkennendes Gericht [Prozeßgericht] oder Vollstreckungsgericht u. s. w.) — und graduelle Zuständigkeit.

Das Gesetz (ZPO. § 1) kennt nur eine sachliche Zuständigkeit in dem hier angenommenen Sinne. Der Ausdruck örtliche Zuständigkeit kommt in GVG. §§ 144, 159 vor mit Bezug auf die einzelnen Amtshandlungen; für die örtliche Klagzuständigkeit bedient sich die ZPO. des Ausdruckes „Gerichtsstand" (s. unten V 2.).

V. Örtliche Zuständigkeit. 1. Die Zuständigkeit mehrerer Gerichte derselben Art ist in räumlicher Beziehung gegeneinander abgegrenzt: jedem Gerichte ist ein bestimmter Bezirk zugewiesen, und seine Zuständigkeit ist auf solche Geschäfte beschränkt, die zu diesem Bezirke in einer gewissen räumlichen Beziehung stehen.

Die Zuständigkeit für eine einzelne Amtshandlung bestimmt sich nach dem Orte, wo sie vorzunehmen ist (GVG. § 158, ZPO. §§ 486[2], 764[2]). Die Zuständigkeit für einen Rechtsstreit und für seine Entscheidung wird durch eine bestimmte räumliche Beziehung des Rechtsstreites begründet; sei es eine persönliche Beziehung der beklagten Partei (z. B. Wohnsitz, dauernder Aufenthalt) oder eine besondere Beziehung des Rechtsverhältnisses, das den Gegenstand des Prozesses bildet (z. B. Ort der unerlaubten Handlung, Erfüllungsort).

2. Der örtlichen Zuständigkeit speziell in dieser Richtung, der örtlichen Klagezuständigkeit, entspricht der Begriff des Gerichtsstandes. Gerichtsstand (in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz auch „forum" genannt) bedeutet die Unterworfenheit des Beklagten unter das örtlich zuständige Gericht. Daß für eine Klage bei einem Gerichte ein Gerichtsstand begründet sei, eine Person einen Gerichtsstand habe, bedeutet also nichts anderes, als daß für die Klage dieses Gericht örtlich zuständig sei.

Bei dem zuständigen Gerichte muß der Beklagte „zu Recht" („zu Gericht") stehen. An sich könnte der Begriff des Gerichtsstandes auch auf die sachliche Zuständigkeit

[2]) Wach a. a. O.

bezogen werden; aber von der ZPO. wird er nur mit Bezug auf die örtliche Klagzuständigkeit gebraucht. In ZPO. § 40[2] ist der Ausdruck „ausschließlicher Gerichtsstand" zu eng; gemeint ist auch die ausschließliche sachliche Zuständigkeit.

3. Der Bezirk eines höheren Gerichtes umfaßt die Bezirke aller ihm untergeordneten Gerichte; der Bezirk des einheitlichen höchsten Gerichtshofes eines Staates schließt das ganze Gebiet dieses Staates ein; der Bezirk des Reichsgerichtes ist das ganze Gebiet des Deutschen Reiches.

Die örtliche Zuständigkeit eines Rechtsmittelgerichtes hängt also nur davon ab, ob die angefochtene Entscheidung von einem Gerichte erlassen ist, das zu seinem Bezirke gehört; im übrigen kann wiederum (vgl. oben IV 3) nur die Frage sein, ob das Gericht der unteren Instanz zu seiner Entscheidung zuständig war.

VI. Im einzelnen ist von den Voraussetzungen der Zuständigkeit und ihrer prozessualen Behandlung erst in späterem Zusammenhang zu reden. (S. unten §§ 28 ff., 89.)

§ 14a.

2. Innere Gerichtsorganisation.[1])

I. Die Gerichte sind Behörden, deren dauernder Bestand unabhängig ist von dem Wechsel der einzelnen Beamten, mit denen sie besetzt sind. Als die Organe der Gerichtsbarkeit erscheinen die Gerichte und nicht die einzelnen Richter. Die einzelnen Richter sind zur Ausübung des Richteramtes nur innerhalb der Zuständigkeit desjenigen Gerichtes berufen, bei dem sie (dauernd oder — als Hilfsrichter — vorübergehend) angestellt sind.

II. Mit Einzelrichtern sind die Amtsgerichte besetzt (GVG. § 22), die Landgerichte und alle Gerichte höherer Instanz sind kollegialisch organisiert.

Die Kollegien bestehen aus einer Mehrheit von Richtern in gesetzlich bestimmter Zahl, von denen einer als „Vorsitzender" die Geschäfte des Kollegiums leitet (GVG. §§ 68, 196). Im Gegensatz zum Vorsitzenden allein pflegt die Zivilprozeßordnung das Kollegium als Ganzes „das Gericht" zu nennen (ZPO. §§ 136 ff., 569, 571). Die Kollegien der Landgerichte heißen Kammern, die der höheren Gerichte Senate.[2])

Die Gerichte sind Behörden zugleich der Zivil- und der Strafgerichtsbarkeit; es werden darum bei den Landgerichten Zivil- und Strafkammern, bei den höheren Gerichten Zivil- und Strafsenate gebildet (GVG. §§ 59, 120, 132). Und zwar entscheiden die Zivilkammern der Landgerichte in der Besetzung von 3, die Zivilsenate der Oberlandesgerichte in der Besetzung von 5, die des Reichsgerichts in der Besetzung von 7 Mitgliedern, einschließlich des Vorsitzenden (GVG. §§ 77, 124, 140).[2])

---

[1]) Wach § 26. Schmidt §§ 34, 35.

[2]) Über die dem Reichsgericht eigentümliche Entscheidung der vereinigten Zivilsenate bezw. des Plenums gemäß GVG. § 137 (vgl. § 139) unten § 100 (in der Lehre von der Revision).

Bei den Landgerichten können auch, soweit die Landesjustizverwaltung ein Bedürfnis dazu als vorhanden annimmt, für den ganzen Landgerichtsbezirk oder örtlich abgegrenzte Teile desselben Kammern für Handelssachen[3]) gebildet werden (GVG. § 100). Sie bestehen aus einem Mitgliede des Landgerichtes als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern, Kaufleuten oder auch Schiffahrtskundigen, die mit dem Vorsitzenden gleiches Stimmrecht haben (GVG. § 109). Sie können ihren Sitz innerhalb des Landgerichtsbezirkes auch an einem Ort haben, der von dem Sitze des Landgerichtes verschieden ist; dann kann auch ein Amtsrichter zum Vorsitzenden bestellt werden (detachierte Kammern für Handelssachen) (GVG. § 100[2]. 110). Sie sind nicht besondere Gerichte, wie die alten Sondergerichte des Handelsstandes und die nach dem Muster der französischen[4]) gebildeten modernen Handelsgerichte, sondern mit den Landgerichten organisch verbunden; es gehören vor sie, innerhalb der Zuständigkeit der Landgerichte in erster Instanz,[5]) die Rechtsstreitigkeiten, die in GVG. § 101 aufgeführt sind.

Die Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Amtsgerichte gehen also auch in Handelssachen an die Zivilkammern.

Den Kammern für Handelssachen sind ferner noch zugewiesen Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche auf Grund des RGes. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 (§ 15 dieses Gesetzes), auf Grund der §§ 43—46 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 (§ 47 dieses Gesetzes), Rechtsstreitigkeiten über die Verpflichtung zur Entrichtung von Stempelabgaben (R.Stempelgesetz vom 14. Juni 1900 § 48).

III. Der Einzelrichter übt das Richteramt allein und selbständig aus; und auch wenn bei einem Amtsgerichte mehrere Amtsrichter angestellt sind, so handelt doch innerhalb seines Geschäftskreises ein jeder als Einzelrichter, GVG. § 22.

Der Einzelrichter ist zugleich „der Vorsitzende" und „das Gericht": die Befugnisse, die das Gesetz dem „Vorsitzenden" verleiht, stehen auch dem Amtsrichter als Einzelrichter zu.

Der kollegialgerichtlichen Organisation[6]) ist vor allem wesentlich, daß für den Inhalt des Urteiles die Meinung der Mehrheit des Kollegiums maßgebend ist. GVG. § 198. (Das Nähere über Beratung und Abstimmung in der Lehre von den Entscheidungen, unten § 80.) Was die Prozeßleitung[7]) betrifft, so erfordert die Zivilprozeßordnung zu gewissen Entscheidungen, namentlich zu solchen, die geeignet sind, die Grundlage des Urteiles zu beeinflussen, gleichfalls den Beschluß des Kollegiums (z. B. ZPO. §§ 141 ff.), in anderen Beziehungen läßt sie

---

[3]) Wach § 29 II 3. Planck § 11. Schmidt § 35.
[4]) Tribunaux de commerce. Garsonnet I § 29, §§ 69 ff.
[5]) S. unten § 28.
[6]) Wach § 26. Planck § 36. Schmidt § 40. Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden (1885).
[7]) Vgl. unten § 81.

den Vorsitzenden allein verfügen, und zwar ist er bei einem Teil seiner Entscheidungen (namentlich bei solchen Anordnungen, die nur den mechanischen Fortgang des Verfahrens bezwecken, aber auch bei mannigfachen anderen) vom Kollegium völlig unabhängig (z. B. ZPO. §§ 216, 226, 188). Dagegen hat, wenn in der mündlichen Verhandlung die Gesetzmäßigkeit seiner auf die Sachleitung bezüglichen Anordnungen von einem Beteiligten (d. h. einem rechtlich Interessierten, von der Entscheidung Betroffenen, nicht z. B. von einem beisitzenden Richter) beanstandet wird, das Gericht zu entscheiden (ZPO. § 140, während eine Beanstandung ihrer Zweckmäßigkeit ausgeschlossen ist).

Sache des Kollegiums ist aber immer nur die Beschlußfassung; die gesamte ausführende und beurkundende Richtertätigkeit, insbesondere auch die Kundgabe der gerichtlichen Entscheidungen liegt prinzipiell dem Vorsitzenden ob. (Vgl. z. B. GVG. § 181, ZPO. §§ 136, 202, 362, 363. — ZPO. § 163).[8])

Die Stellung des Vorsitzenden unterscheidet sich also dadurch von der der übrigen Kollegialmitglieder, daß er nicht bloß Mitglied, sondern zugleich auch ein besonderes Organ des Gerichtes mit eigentümlichen Aufgaben ist.

Die in ZPO. § 944 bezeichneten Entscheidungen kann in dringenden Fällen der Vorsitzende allein an Stelle des der Regel nach berufenen Gerichtes erlassen. Die in GVG. § 109[3] genannten seerechtlichen Streitigkeiten kann der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen auch allein, also als Einzelrichter, entscheiden.

Den Prozeßstoff in sich aufzunehmen und danach sich sein Urteil zu bilden, ist die Sache jedes einzelnen Gerichtsmitgliedes; daher kann auch jedes einzelne dazu helfen, den Prozeßstoff aufzuklären und zu vervollständigen, indem es Fragen stellt, an die Parteien, die Zeugen, die Sachverständigen (ZPO. §§ 139[3], 396[3], 402).

Die Amtsrichter sind nicht vom Amtsgericht, die Zivilkammern und Zivilsenate nicht von den Gerichten zu trennen, bei denen sie gebildet sind, sie sind vielmehr nichts anderes als die zur Rechtsprechung organisierten Gerichte.[9]) „Das Gericht" ist „rechtlich oder tatsächlich verhindert", wenn die Richter, die es bilden, verhindert sind, das Richteramt auszuüben (ZPO. § 36 Nr. 1). Das Gesetz regelt denn auch nur die Zuständigkeit der Gerichte; von ihr verschieden ist die Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Gerichtsabteilungen oder Richter. Die Begriffe Amtsgericht, Landgericht, Oberlandesgericht, Reichsgericht sind also nicht bloß von staats- oder verwaltungsrechtlicher, sondern wesentlich auch von prozeßrechtlicher Bedeutung.[10])

IV. Gewisse richterliche Handlungen (namentlich Beweisaufnahmen) kann ein Kollegialgericht, unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen,

---

[8]) S. auch GVG. § 177 und dazu unten § 67 (Sitzungspolizei).

[9]) Wenn auch (s. oben unter I) die Gerichte vom Wechsel ihrer Beamten unabhängige Behörden sind, so können sie doch eben nicht anders funktionieren als durch ihre Amtsrichter, ihre Kammern oder Senate; so löst sich wohl der Gegensatz zwischen den Auffassungen Wachs und Kleinfellers (Wach a. a. O.).

[10]) Vgl. Laband, Staatsrecht Bd. 3 § 88 (S. 404).

durch eines seiner Mitglieder als „beauftragten Richter" vornehmen lassen (ZPO. §§ 296, 348, 355, 619).[11]) Der beauftragte Richter ist ausführendes Organ des Gerichtes innerhalb der Grenzen des ihm erteilten Auftrages; er ist befugt, selbständig die prozeßleitenden Entscheidungen zu treffen, die zur Erledigung seines Auftrages erforderlich sind. Aber es kann gegen sie die Entscheidung des Prozeßgerichtes angerufen werden (ZPO. § 576).

V. Historisches.[12]) Die mittelalterlichen Schöffengerichte sind kollegialisch organisiert. Der vom Gerichtsherrn bestellte „Richter" leitet die Verhandlung, verkündet die Entscheidung des Gerichtes und sorgt für ihre Vollstreckung; aber die Entscheidung wird ihm „gefunden" vom Kollegium der Schöffen. Seit dem Eindringen der fremden Rechte wird der nun rechtsgelehrte, durch Universitätsstudium vorgebildete Gerichtsvorstand an der Urteilsfällung beteiligt; die Schöffen werden in der ersten Instanz regelmäßig zu bloßen Urkundspersonen herabgedrückt und am Ende völlig verdrängt, in den höheren Gerichten aber durch vom Gerichtsherrn bestellte rechtsgelehrte Richter ersetzt.

Unter der Herrschaft des gemeinen Prozeßrechtes waren hiernach, fast überall in Deutschland, nur die Gerichte höherer Instanz Kollegialgerichte, während in erster Instanz für alle Sachen, ohne Unterschied, Einzelrichter fungierten.

Die Scheidung der Gerichte erster Instanz in einzelrichterlich und kollegialisch organisierte Gerichte entstammt dem französischen Recht.[13]) Die kollegialische Organisation bietet die größere Garantie für die Richtigkeit der Entscheidung. Das Verfahren vor dem Einzelrichter kann einfacher, billiger, rascher sein; infolge seines kleineren Amtsbezirkes ist er auch für die Rechtsuchenden leichter zugänglich und kann mit den lokalen Lebensverhältnissen besser vertraut werden. Den Einzelrichtern sind solche Angelegenheiten zugewiesen, für die um ihrer Geringfügigkeit („Bagatellsachen") oder Einfachheit willen das kollegialgerichtliche Verfahren zu kostspielig wäre, dann solche, die eine besonders schleunige Erledigung verlangen, endlich auch besondere Verfahrensarten, bei denen der Schwerpunkt nicht im Entscheiden liegt. Vgl. oben § 14 III 2 und unten § 28.

VI. Die Gerichte sind nicht bloß Behörden der Gerichtsbarkeit, sondern auch der Justizverwaltung (vgl. oben § 10 III und § 11 IV 2.).[14])

Als solche haben die Kollegialgerichte ihre besondere Organisation: in dem Plenum (der Versammlung aller bei dem Gericht ständig angestellten Richter), dem Präsidenten des ganzen Gerichtes, den Direktoren der einzelnen Kammern, den Präsidenten der einzelnen Senate, und in dem sogen. „Präsidium" (über dessen Zusammensetzung s. GVG. § 63). Durch diese ihre Organe vollzieht sich insbesondere auch die Bildung der Kammern und Senate, die Ordnung des Vorsitzes, die Verteilung der Geschäfte unter die einzelnen Abteilungen und die einzelnen Richter, nach Regeln, welche die Tendenz verfolgen, jede, auch nur mittelbare, Beein-

---

[11]) Wach § 26 II. Planck § 26. Schmidt § 40 III 2 b.

[12]) Wetzell § 33 (inhaltlich von Sohm) und die dort gegebenen Literaturnachweisungen, insbesondere Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richtertums (1872).

[13]) Die mit Einzelrichtern besetzten Gerichte sind in Frankreich die Friedensgerichte (justices de paix). Garsonnet I, §§ 30, 46 ff.

[14]) Schmidt § 39 III.

flussung der Rechtspflege, die im Wege der Justizverwaltung dadurch geübt werden könnte, daß das Gericht für einen einzelnen Fall besonders und mit besonderer Rücksicht auf ihn zusammengesetzt würde, nach Möglichkeit auszuschließen.

Im einzelnen vgl. GVG. §§ 58, 61—69, 119, 121, 126, 133.

Hinsichtlich der Dienstaufsicht bei mit mehreren Richtern besetzten Amtsgerichten s. GVG. § 22[2].

VII.[15]) Richter ist, wer in gesetzmäßiger Weise zu einem Richteramte ernannt ist. Die Ernennung steht in den monarchischen deutschen Bundesstaaten dem Landesherrn als dem Gerichtsherrn zu. Das Gerichtsverfassungsgesetz fordert lebenslängliche Ernennung und Ernennung bei einem bestimmten Gerichte (GVG. §§ 22, 58, 119, 126), es umgibt die Stellung des Richters mit gewissen Garantien ihrer Unabhängigkeit (darüber oben § 11 IV 3); es verlangt von ihm juristische Ausbildung und es stellt auch an die Art derselben gewisse Anforderungen (GVG. §§ 2—5). Im übrigen sind für die Befähigung zum Richteramte, für den Erwerb und den Antritt (durchweg wird dazu die Leistung eines Richtereides erfordert), sowie für den Verlust desselben und für die Dienstverhältnisse der Richter die Landesrechte maßgebend; nur bezüglich der Richter am Reichsgerichte hat das Gerichtverfassungsgesetz genauere Bestimmungen getroffen.

Der Präsident, die Senatspräsidenten und Räte werden auf Vorschlag des Bundesrates — der hienach, in Bezug auf die Gerichtsbarkeit des Reiches, als der Träger der Gerichtsherrlichkeit erscheint — vom Kaiser ernannt; und zwar kann nur ernannt werden, wer die Fähigkeit zum Richteramte in einem Bundesstaate erlangt und das 35. Lebensjahr vollendet hat, GVG. § 127. Auf den Verlust des Amtes, vorläufige Amtsenthebung, Versetzung in den Ruhestand beziehen sich die §§ 128—131. — Übrigens finden die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen über den zur Strafe eintretenden Verlust öffentlicher Ämter und der Fähigkeit zu deren Bekleidung (vgl. insbesondere StGB. §§ 31 ff.) speziell auch auf das Richteramt, die allgemeinen Vorschriften des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 auch auf die Mitglieder des Reichsgerichtes Anwendung.

VIII. Nicht ausgeschlossen ist die zeitweilige Beiordnung von „Hilfsrichtern", wenn die ständigen Kräfte eines Gerichtes infolge außerordentlicher Geschäftsüberhäufung oder vorübergehender Behinderung einzelner Richter nicht ausreichen. Doch ist sie bei den Landgerichten an die Vorschriften des GVG. § 69[2] gebunden, welche die Unabhängigkeit auch der Hilfsrichter nach Möglichkeit zu sichern bezwecken; bei den Oberlandesgerichten dürfen zu Hilfsrichtern nur ständig angestellte Richter berufen werden (GVG. § 122), beim Reichsgerichte ist die Zuziehung von Hilfsrichtern unzulässig (GVG. § 134).

Die Befähigung zur zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte, insbesondere auch der Referendare (beim Amtsgericht), der Assessoren bestimmt sich nach Landesrecht (GVG. § 10, vgl. § 69[3]).

[15]) Planck § 29. Schmidt § 39 I—III.

IX. Auch die Handelsrichter haben, während der Dauer ihres Amtes, die Amtsbefugnisse und die Amtspflichten richterlicher Beamten (GVG. § 116); sie haben denn auch, vor ihrem Amtsantritte, einen Amtseid zu leisten (GVG. § 115). Aber es gelten im übrigen für sie besondere Bestimmungen (GVG. § 11). Sie werden immer nur auf die Dauer von drei Jahren ernannt, und zwar auf gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs (GVG. § 112); ihr Amt ist ein unbesoldetes Ehrenamt (GVG. § 111); die Befähigung zum Amt eines Handelsrichters bestimmt sich nach GVG. §§ 113, 114 (zu vergleichen ferner noch GVG. §§ 117, 118).

§ 14b.

3. Zuständigkeit für einzelne Amtshandlungen. — Rechtshilfe.[1])

I. Die örtliche Zuständigkeit zur Erledigung eines Rechtsstreites im ganzen schließt die Zuständigkeit zur Vornahme aller einzelnen dazu erforderlichen Richterhandlungen nicht unbedingt in sich; vielmehr ist auch diese wieder räumlich begrenzt. Ein Gericht soll nämlich in der Regel Amtshandlungen nur innerhalb seines Bezirkes vornehmen. Außerhalb seines Bezirkes kann es nur tätig werden[2]) 1. mit Zustimmung des Amtsgerichtes des Ortes; 2. auch ohne diese bei Gefahr im Verzuge,[3]) in diesem Falle muß nur dem Amtsgerichte des Ortes Anzeige gemacht werden (GVG. § 167).

II. Das Prozeßgericht kann in den gesetzlich zulässigen Fällen (ZPO. §§ 296, 355, 619; vgl. auch § 365) um die Vornahme einzelner Richterhandlungen ein anderes Gericht ersuchen und zwar das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Handlung vorzunehmen ist (GVG. § 158). Die Hilfe, die einem Gericht von einem anderen durch Vornahme einzelner Amtshandlungen geleistet wird, heißt Rechtshilfe; der um die Rechtshilfe angegangene Richter heißt ersuchter Richter.

III. Der ersuchte Richter handelt in Ausübung seiner eigenen Amtsgewalt; aber den Grund dieser Ausübung bildet eben das Ersuchen, welches das Prozeßgericht in Ausübung der ihm übertragenen Gerichtsgewalt erlassen hat. Entscheidungen des ersuchten Richters können daher, auf Antrag eines Beteiligten, vom Prozeßgericht abgeändert werden. ZPO. § 576, vgl. auch § 398[2].

IV. Die deutschen Gerichte sind einander Rechtshilfe zu leisten verpflichtet, gleichviel ob sie demselben oder verschiedenen Einzelstaaten angehören (GVG. § 157). Dem Ersuchen eines übergeordneten Gerichtes

---

[1]) Planck § 27. Schmidt § 47. Komment. zu GVG. §§ 157 ff. — Böhm, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens im Deutschen Reiche und gegenüber dem Auslande (1886. Ergänzungsheft 1889).

[2]) Z. B. Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle.

[3]) Z. B. Vernehmung eines todkranken Zeugen.

muß unbedingt stattgegeben, das Ersuchen eines anderen Gerichtes darf nur aus zwei Gründen abgelehnt werden, nämlich weil das ersuchte Gericht für die vorzunehmende Handlung nicht örtlich zuständig (oben unter I) oder weil ihm nach seinem Rechte die vorzunehmende Handlung untersagt ist (was namentlich auch dann zutrifft, wenn die vorzunehmende Handlung ihrer Art nach außerhalb seiner amtlichen Funktionen liegt).[4]) GVG. § 159.

Dieselbe Verpflichtung war schon ausgesprochen durch das Rechtshilfegesetz vom 21. Juni 1869, das außerhalb des Gebietes der ordentlichen Gerichtsbarkeit noch jetzt in Geltung steht. — Der ersuchte Richter kann übrigens auch, wenn sich dazu später Veranlassung ergibt, das Ersuchen um Beweisaufnahme an ein anderes Gericht weitergeben; ZPO. § 365.

Streitigkeiten über die Gewährung der Rechtshilfe finden nach den Bestimmungen des GVG. § 160 ihre Erledigung.

Hinsichtlich der Kosten s. GVG. §§ 165, 166.

V. Ist eine Amtshandlung im Auslande vorzunehmen, so ist womöglich ein deutscher Konsul, sofern er zur Vornahme der fraglichen Handlung befugt ist (vgl. ZPO. §§ 199, 363), sonst die zuständige ausländische Behörde um Rechtshilfe zu ersuchen. Die Rechtshilfe zwischen ausländischen Behörden und deutschen Gerichten richtet sich nach Völkerrecht, in erster Linie nach den darüber abgeschlossenen internationalen Verträgen. Allgemeine Voraussetzung ist die Gegenseitigkeit (vgl. auch ZPO. §§ 110[2] Nr. 1, 114[2], 328 Nr. 5).

Insbesondere: Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896, RGBl. von 1899 Nr. 21 (Haager Konvention).

§ 15.

Rechtsanwaltschaft. — Staatsanwaltschaft.

A. Rechtsanwaltschaft.[1])

I. Rechtsanwälte heißen die Personen, die vom Staate dazu ermächtigt sind, berufsmäßig den Parteien bei ihrer Prozeßführung als rechtskundige Beistände oder Bevollmächtigte zu dienen.

Der Bevollmächtigte handelt im Namen der Partei als ihr Stellvertreter; er heißt Prozeßbevollmächtigter, wenn er zur gesamten Prozeßführung bevollmächtigt ist.

---

[4]) Z. B. nach Landesrecht würde für die Handlung eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig sein. Im übrigen kann mangels sachlicher Zuständigkeit (weil „die Vornahme der beantragten Handlung nicht zum Geschäftskreise des ersuchten Gerichts gehört" — so Rechtshilfegesetz § 37) das Ersuchen nicht abgelehnt werden. — In erster Linie ist allerdings an nach materiellem Rechte verbotene Handlungen gedacht; und auch bei einheitlichem Rechte sind ja Meinungsverschiedenheiten über Auslegung und Anwendung eines verbietenden Rechtssatzes möglich; Struckmann-Koch zu GVG. § 159 N. 5.

[1]) Laband, Staatsrecht Bd. 3 § 90. Planck § 35. Schmidt § 41. Wach, Vorträge S. 80 ff. Wilmowski, Zur Organisation des Anwaltsstandes 3. 20 S. 199 ff.

Der Beistand unterstützt die Partei (oder ihren Vertreter) mit seinem Rate und seinem Vortrage. Das Nähere über diese Begriffe unten §§ 25, 78.

Dem Beistande entspricht der Advokatus, dem Bevollmächtigten der Prokurator der Römer. Zu einem gegen Entgelt geübten Lebensberufe war die Advokatur in Rom bereits seit dem 3. Jahrhundert nach Christus geworden. Im mittelalterlichen deutschen Prozesse war, schon seiner äußersten Formenstrenge wegen, die Beihilfe eines „Fürsprechen" Bedürfnis; einen Verstoß des Fürsprechen konnte die Partei einfach dadurch unschädlich machen („sich erholen"), daß sie seinem Vortrage die Genehmigung versagte. Auch in Deutschland bildet sich, gleichzeitig mit der Rezeption des römisch-kanonischen Rechtes, ein besonderer Advokatenstand; auch hier wird anfänglich zwischen Advokatur und Prokuratur streng unterschieden; doch geht im allgemeinen die Tendenz der späteren Entwicklung dahin, beiderlei Tätigkeiten in einer Person zu vereinigen.[2]) Der französische Prozeß unterscheidet zwischen dem „avoué" (entsprechend dem alten „procureur"), dem berufsmäßigen Parteivertreter, der den Prozeßbetrieb besorgt, und dem höher stehenden „avocat", dessen Beruf das Konsultieren (die Erteilung juristischen Rates) und das Plädieren (die Ausführung der Parteirechte in der mündlichen Gerichtsverhandlung) bildet; der avoué darf in der Regel nicht auch selbst plädieren.[3]) Ebenso unterscheiden sich in England die sollicitors von den barristers; nur die barristers werden in der mündlichen Gerichtsverhandlung gehört.[4])

II. Die Rechtsanwälte stehen im unmittelbaren Dienste der Parteien, nicht des Staates, sie sind nicht Staatsbeamte. Sie erhalten keine Besoldung vom Staate, sondern haben nur gegen ihre Auftraggeber einen Anspruch auf Gebühren für ihre Bemühungen und auf Ersatz ihrer Auslagen.

Im preußischen Prozesse[5]) war mit der Aufstellung der Untersuchungsmaxime die Abschaffung der Advokaten, denen man einen Hauptteil der Schuld an den Mißständen des seitherigen Gerichtsverfahrens zuschrieb, Hand in Hand gegangen; es werden dafür, zuerst durch Kabinettsorder von 1780, sodann durch die Gerichtsordnung von 1781, sogen. Assistenzräte eingeführt, die nicht etwa bloße Vertreter der Parteien, sondern Gehilfen des Richters sein sollen, Beamte, mit der Verpflichtung, den Richter bei Ausmittlung der Wahrheit zu unterstützen und gleichzeitig zu überwachen, sodann ihm die Rechte der ihnen zugewiesenen Parteien auf Grund des ermittelten Sachverhaltes darzulegen. Die Parteien haben, auf Anordnung des Richters, persönlich zu erscheinen und sich zu erklären, können sich aber hierin auch nach der AGO., soweit nicht ihre persönliche Anwesenheit zur Ausmittlung der Wahrheit unbedingt erforderlich ist, durch einen der für außergerichtliche Rechtsangelegenheiten zugelassenen Justizkommissarien vertreten lassen. Seitdem das Gesetz vom 21. Juli 1846 für den ordentlichen und den abgekürzten Prozeß die Verhandlungsmaxime wieder eingeführt hatte, war auch wiederum die Vertretung durch Rechtsanwälte zulässig geworden, die übrigens als wirkliche Staatsdiener galten, den allgemeinen Diensteid der Staatsbeamten zu leisten hatten, und die ihnen erteilten Aufträge nur aus gesetzlich bestimmten Gründen ablehnen durften.

Das Verhältnis des Anwalts zur Partei wurde von der vorherrschenden gemeinrechtlichen Lehre unter dem Gesichtspunkte eines Innominatrealkontraktes (facio ut des) gebracht; nach dem BGB. ist es ein Dienstverhältnis. BGB. § 675.

---

[2]) Wetzell § 8.
[3]) Garsonnet I §§ 215 ff., 248 ff.
[4]) Schuster, Die bürgerliche Rechtspflege in England (1887) §§ 34 ff.
[5]) Koch S. 104 ff. und §§ 101 ff.

III. Das Gesetz verlangt im Interesse der Rechtspflege (eines geordneten Prozeßgangs und einer gründlichen Sammlung des Prozeßstoffes) die Mitwirkung von Rechtsanwälten in allen kollegialgerichtlichen Prozessen (vor den Landgerichten und den Gerichten höherer Instanz); es *zwingt* hier die Parteien, sich durch einen Rechtsanwalt als ihren Prozeßbevollmächtigten vertreten zu lassen (ZPO. § 78).[6]) Dieser gesetzliche Zwang heißt *Anwaltszwang*, der Prozeß, für den er besteht, *Anwaltsprozeß*; im Gegensatz dazu wird der Prozeß vor den Amtsgerichten, in dem die Parteien nicht durch Rechtsanwälte vertreten sein müssen, als *Parteiprozeß* bezeichnet.

Der moderne Anwaltszwang hat seinen historischen Ursprung im französischen Prozesse. Allerdings mußten auch schon in dem beim Reichskammergerichte üblichen Rezeßverfahren (Überreichung von Parteischriftsätzen in einem Gerichtstermin) und bei den höheren Territorialgerichten die Parteien durch einen beim Prozeßgerichte angestellten Prokurator vertreten sein.

IV. Die Ausübung des Anwaltsberufes ist, bei dieser seiner Bedeutung für die Rechtspflege, von *staatlicher Zulassung* abhängig, bildet den Gegenstand einer besonderen öffentlich rechtlichen Befugnis. Anderseits sind auch mit ihr Berufspflichten öffentlichrechtlicher Art verknüpft, und in Hinsicht auf den strafweisen Verlust der Fähigkeit zu öffentlichen Ämtern ist die Rechtsanwaltschaft einem öffentlichen Amte gleichgeachtet (StGB. § 31[2]).

Die Rechtsanwälte haben eine eigene *Berufsorganisation* in den Anwaltskammern und deren Vorständen, und unterstehen nicht der Beamten-, sondern einer eigenen *Standesdisziplin*, die in erster Instanz von den Vorständen der Anwaltskammern gehandhabt wird. Aber diese ihre Organisation ist staatsgesetzlich geregelt, untersteht *staatlicher* Aufsicht (RAO. § 59, vgl. § 61) und in letzter Instanz wird die disziplinare Strafgewalt durch eine staatliche Behörde gehandhabt. Die Organisation der Rechtsanwaltschaft bildet einen wesentlichen Bestandteil der staatlichen Organisation der Rechtspflege.

V. Über den Antrag auf *Zulassung* zur Rechtsanwaltschaft in einem Bundesstaate entscheidet die Landesjustizverwaltung nach gutachtlicher Anhörung des Vorstandes der Anwaltskammer (RAO. § 3).

1. Die Zulassung erfolgt immer nur bei einem bestimmten Gerichte (RAO. § 8) und, soweit Anwaltszwang besteht, müssen die Parteien durch einen beim *Prozeßgerichte zugelassenen* Rechtsanwalt vertreten sein (ZPO. § 78). Zulassung und Anwaltszwang sind „*lokalisiert*".

Die Zulassung erfolgt der Regel nach bloß bei *einem* Gerichte; nur für gewisse Fälle ist die gleichzeitige Zulassung („Simultanzulassung") auch noch bei einem anderen Gerichte gestattet, wenn sie dem Interesse der Rechtspflege förderlich ist, RAO. §§ 9—12.

---

[6]) Vgl. unten § 25.

2. Zur Rechtsanwaltschaft *kann* nur zugelassen werden, wer die Fähigkeit zum Richteramte erlangt hat (RAO. § 1), und zwar *kann* er in jedem Bundesstaate zugelassen werden (RAO. § 2).

3. Er *muß* aber zugelassen werden in dem Bundesstaate, in welchem er die zum Richteramte befähigende Prüfung bestanden hat, sein Antrag darf nur aus einem der gesetzlich bestimmten Gründe abgelehnt werden (sogen. *Freigebung* der Rechtsanwaltschaft). RAO. § 4.

Diese Gründe sind von *verschiedener Art*; gewisse Umstände nämlich machen, nach gesetzlicher Bestimmung, zur Rechtsanwaltschaft schlechthin untauglich, andere sind, nach der Auffassung des Gesetzes, nur geeignet, Zweifel an der Tauglichkeit zu begründen. Wegen eines Umstandes der ersteren Art *muß* die Landesjustizverwaltung (RAO. § 5, vgl. auch § 7), wegen eines solchen der letzteren Art *kann* sie, nach ihrem Ermessen (RAO. § 6), die Zulassung versagen. Die Versagungsgründe sind zum Teil durch gerichtliche Entscheidungen fest gegeben (RAO. § 5 Nr. 1—3, § 6 Nr. 2 und 3); zum Teil finden sie in anderweitigen gesetzlichen Vorschriften ihre nähere Bestimmung (RAO. § 5 Nr. 4: „nach den Gesetzen"). Soweit aber die Gründe, aus denen die Zulassung versagt werden muß, vom Gesetze nur *im allgemeinen* charakterisiert sind (RAO. § 5 Nr. 4—6), steht die hienach erforderliche Würdigung der besonderen Tatsachen *nicht* der *Landesjustizverwaltung*, sondern der *Anwaltskammer zu*, und ist deren Gutachten für die Landesjustizverwaltung bindend. Es kann jedoch ein zufolge ihres Gutachtens Abgewiesener auf ehrengerichtliche Entscheidung über den in dem Gutachten bezeichneten Grund der Versagung antragen, RAO. § 16.

Die Zulassung *muß* versagt werden (RAO. § 5):

1. wenn der Antragsteller infolge *strafgerichtlichen Urteils* die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter dauernd verloren hat oder zur Zeit nicht besitzt (StGB. §§ 31, 33—35);

2. wenn der Antragsteller infolge *ehrengerichtlichen Urteils* von der Rechtsanwaltschaft ausgeschlossen ist;

3. wenn der Antragsteller infolge *gerichtlicher Anordnung* in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist (Konkurs, Entmündigung);

4. wenn der Antragsteller ein Amt bekleidet oder eine Beschäftigung betreibt, welche *nach den Gesetzen* oder *nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer* mit dem Beruf oder der Würde der Rechtsanwaltschaft nicht vereinbar sind;

5. wenn der Antragsteller *nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer* sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, welches die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft bedingen würde;

6. wenn der Antragsteller *nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer* infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen eingetretener Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung der Pflichten eines Rechtsanwalts dauernd unfähig ist.

Die Zulassung *kann* versagt werden (RAO. § 6):

1. wenn der Antragsteller, nachdem er die Fähigkeit zur Rechtsanwaltschaft erlangt hatte, während eines Zeitraums von drei Jahren weder als Rechtsanwalt zugelassen ist, noch ein Reichs-, Staats- oder Gemeindeamt bekleidet hat, noch im Justizdienst oder als Lehrer des Rechts an einer deutschen Universität tätig gewesen ist;

2. wenn der Antragsteller infolge *strafgerichtlichen Urteils* die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter *auf Zeit* verloren hatte;

3. wenn gegen den Antragsteller, welcher früher Rechtsanwalt gewesen ist, inner-

halb der letzten zwei Jahre im ehrengerichtlichen Verfahren auf Verweis oder auf Geldstrafe von mehr als 150 Mark erkannt worden ist.

Den Grundsatz, daß jeder, der seiner juristischen Ausbildung, seiner Persönlichkeit und Lebensstellung nach den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ein Recht darauf hat, zur Rechtsanwaltschaft zugelassen zu werden, bezeichnet man als „Freigebung der Rechtsanwaltschaft".

Die „Freigebung der Rechtsanwaltschaft" steht im Gegensatz zu der Einrichtung, die vor der Rechtsanwaltsordnung in einem großen Teile Deutschlands bestand, daß die Rechtsanwälte (oder doch, wo Advokatur und Prokuratur getrennt waren, die Prokuratoren) von der Justizverwaltung nach freiem Ermessen, insbesondere mit Rücksicht auf das vorhandene Bedürfnis, ernannt wurden. Eine Übersicht über den früheren Rechtszustand gibt die Anlage C (vgl. auch Anlage D) zu den Motiven der Rechtsanwaltsordnung.

4. Die Zulassung ist bei dem in dem Antrage bezeichneten Gerichte zu erteilen; die Zulassung bei diesem Gericht kann (dem überhaupt Zulassungsberechtigten) nur mit Rücksicht auf das im Gesetz (§ 14) bezeichnete Verwandtschaftsverhältnis zu einem bei demselben angestellten Richter versagt werden. Einem bereits zugelassenen Rechtsanwalt ist es nicht benommen, seine Zulassung bei einem anderen Gerichte zu beantragen; sie kann ihm nur aus den in RAO. § 15 bezeichneten Gründen versagt werden. In diesem Sinne besteht Freizügigkeit der Rechtsanwälte. Nicht kann die Zulassung wegen mangelnden Bedürfnisses zur Vermehrung der Zahl der bei einem Gerichte bereits zugelassenen Rechtsanwälte versagt werden (RAO. § 13).

5. Die Befugnis zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft beginnt erst mit der Eintragung in die — bei jedem Gerichte zu führende — Anwaltsliste, d. h. die Liste der bei dem Gerichte zugelassenen Rechtsanwälte. In diese Liste ist der Zugelassene einzutragen, wenn er den vorgeschriebenen Anwaltseid (RAO. § 17) geleistet, und seinen Wohnsitz gemäß RAO. § 18 (der Regel nach an dem Orte des Gerichts, bei dem er zugelassen ist, vgl. auch § 19) genommen hat (RAO. § 20). Die Erfüllung, und zwar die dauernde Erfüllung der Wohnsitzpflicht („Residenzpflicht") ist eine unerläßliche Vorbedingung für die Ausübung der Rechtsanwaltschaft (vgl. RAO. § 21 Nr. 1 und 2).

6. Die Eintragung in der Liste ist zu löschen, wenn der Rechtsanwalt stirbt, wenn er die Zulassung freiwillig aufgibt (in diesem Fall endigt die Anwaltsbefugnis erst mit der Löschung in der Liste), wenn die Zulassung zurückgenommen wird oder infolge Urteils der Rechtsanwalt die Fähigkeit zur Rechtsanwaltschaft verliert (RAO. § 24).

7. Die Zulassung muß von der Justizverwaltung aus gewissen Gründen, gemäß RAO. § 21, sie kann aus dem in RAO. § 22 bezeichneten Grunde zurückgenommen werden. Im übrigen kann dem einmal zugelassenen Rechtsanwalte die Anwaltsbefugnis nur durch gerichtliches Urteil (entweder ein strafgerichtliches Urteil, womit der Verlust der Fähigkeit zu öffentlichen Ämtern verbunden ist, oder ein ehrengerichtliches, das die Aus-

schließung von der Rechtsanwaltschaft ausspricht) entzogen werden. Ein ehrengerichtliches Urteil ist insbesondere auch dann erforderlich, wenn eine von dem Rechtsanwalt *vor* der Zulassung begangene Handlung, welche geeignet ist, die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft zu begründen, erst nachträglich bekannt wird (RAO. § 64).

Die Zulassung *muß* zurückgenommen werden wegen Verletzung der Residenzpflicht (RAO. § 21[1] Nr. 1, 2, zu § 21[3] vgl. § 19) und wenn sich nach der Zulassung ergibt, daß sie auf Grund des § 5 Nr. 1 (vgl. aber § 21[3]) oder Nr. 2 hätte versagt werden müssen.

Sie *kann* zurückgenommen werden (RAO. § 22), wenn der Rechtsanwalt infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist (vgl. § 5 Nr. 3).

VI. Soweit *Anwaltszwang* besteht, hat *nur ein beim Prozeßgerichte zugelassener* Rechtsanwalt die Befugnis, als Prozeßbevollmächtigter eine Parteivertretung zu führen. Im übrigen kann jeder Rechtsanwalt vor jedem Gerichte als Beistand oder Bevollmächtigter auftreten. Und auch soweit Anwaltszwang besteht, kann wenigstens in der mündlichen Verhandlung jeder Rechtsanwalt die Ausführung der Parteirechte, neben dem prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalte, übernehmen, ja sogar die Vertretung selber, wenn diese ihm von dem prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalte übertragen wird (RAO. § 26, 27).

Die Zulässigkeit der Stellvertretung eines an der Ausübung seines Berufes zeitweise verhinderten Rechtsanwaltes regelt der § 25 der RAO.

Einen Rechtsanwalt oder seinen gemäß RAO. § 25 bestellten Vertreter kann das Gericht nicht (auf Grund des § 157 ZPO.) von der mündlichen Verhandlung zurückweisen. Andere Bevollmächtigte und Beistände hingegen kann das Gericht gerade um deswillen zurückweisen, weil sie das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben (sogen. Winkeladvokaten), nicht jedoch solche, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch besondere, von der Justizverwaltung getroffene Anordnung gestattet ist (ZPO. § 157[2 3], Prozeßagenten, Volksanwälte). Eine solche Anordnung kann namentlich durch den Mangel an Rechtsanwälten veranlaßt sein, wie er bei kleineren Amtsgerichten nicht selten ist.

VII. Der Rechtsanwalt ist *verpflichtet*, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben; er ist dazu nicht bloß privatrechtlich, seinem Auftraggeber, sondern auch dem Staate gegenüber verpflichtet, der ihn, im Interesse der Rechtspflege, zur Ausübung seines Berufes zugelassen hat. Er hat die Interessen seines Auftraggebers nach besten Kräften und unbeeinflußt durch die Rücksicht auf eigenen Nutzen wahrzunehmen. Er ist verpflichtet, dem Anwaltsstande die öffentliche Achtung zu erhalten, deren er zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf, und hat in Ausübung seines Berufes, wie außerhalb desselben ein Verhalten zu beobachten, das solcher Achtung würdig ist (RAO. § 28).

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, an seinem Anwaltsitze zu wohnen und bei längerer Entfernung die für seine Stellvertretung erforderlichen Vorkehrungen zu treffen (RAO. § 29). Er ist *nicht* verpflichtet, einen

Auftrag anzunehmen; er muß nur, wenn er ihn nicht annehmen will, die Ablehnung unverzüglich erklären; er haftet für den aus der Verzögerung entstehenden Schaden (RAO. § 30). Wohl aber ist er verpflichtet, in bestimmten Fällen (RAO. § 31) seine Berufstätigkeit zu versagen.

Zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung eines Rechtsanwaltes gehört auch die Führung von Handakten. Unter Handakten versteht man die Gesamtheit der Schriftstücke, die auf eine von dem Rechtsanwalt besorgte Angelegenheit Bezug haben und entweder von ihm selbst verfaßt oder ihm von anderer Seite, vom Auftraggeber, vom Gericht, vom Gegner, zugegangen sind. Über das dem Rechtsanwalte an den Handakten zustehende Retentionsrecht und seine Pflicht, sie aufzubewahren s. RAO. § 32.

Den im Vorbereitungsdienst (GVG. § 2) bei ihm beschäftigten Rechtskundigen hat der Anwalt Anleitung und Gelegenheit zu praktischen Arbeiten zu geben, RAO. § 40.

In gewissen Fällen muß oder kann einer Partei ein Rechtsanwalt gerichtlich beigeordnet werden; eine solche Beiordnung verpflichtet den Rechtsanwalt zur Wahrnehmung der Rechte der Partei.

ZPO. § 115 Nr. 3, RAO. § 34: Bewilligung des Armenrechts; in diesen Fällen ist der Anwalt zur vorläufig unentgeltlichen Dienstleistung verpflichtet; soweit Anwaltszwang besteht, muß die Beiordnung erfolgen. RAO. § 33: soweit Anwaltszwang besteht, muß ferner auf Antrag ein Rechtsanwalt beigeordnet werden einer Partei, die einen zu ihrer Vertretung geneigten Rechtsanwalt nicht findet, vorausgesetzt, daß die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint. Zu vergleichen RAO. §§ 35, 37, 38. Weitere Fälle der Beiordnung s. ZPO. §§ 668, 679, 686 (Entmündigungsverfahren). Die Auswahl des beizuordnenden Anwalts trifft der Vorsitzende (RAO. § 36).

VIII. Die innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirkes zugelassenen Rechtsanwälte bilden eine Berufskörperschaft zur Wahrnehmung gemeinschaftlicher Berufsinteressen, eine „Anwaltskammer". Dieselbe ist vermögensfähig, hat einen selbstgewählten Vorstand, setzt selbst die Geschäftsordnung der Kammer wie des Vorstandes fest, soweit sie nicht schon gesetzlich geregelt ist (das Nähere s. RAO. §§ 41 ff., insbesondere über die Funktionen der Kammer und ihres Vorstandes §§ 48—50).

Schon in der römischen Kaiserzeit bildeten die Advokaten vermögensfähige Kollegien. — Die moderne Organisation des Anwaltsstandes hat ihr Vorbild in Frankreich. Hier waren die sehr alten Advokatengenossenschaften durch einen Beschluß der Konstituante im Jahre 1790 unterdrückt worden; erst ein Gesetz von 1804 retablierte einen besonderen Stand (ordre) der Advokaten, dessen Organisation sodann durch eine Reihe späterer Gesetze ausgebaut wurde.

In Frankreich entscheidet sogar der „conseil de l'ordre" (der unserem Kammervorstande entspricht) selbst über die Aufnahme in die Advokatenliste (das tableau), und zwar prinzipiell nach freiem Ermessen: „l'ordre est maître de son tableau"; streitig ist, ob gegen seine Entscheidung eine Berufung an die Gerichte zulässig sei. Allerdings soll ohne zureichenden Grund keinem die Aufnahme versagt werden, der den Vorbereitungsdienst (die stage) gehörig absolviert hat.

IX. Durch die Verletzung seiner Berufspflichten verwirkt der Rechtsanwalt ehrengerichtliche Strafe. Die leichteste ehrengerichtliche Strafe ist die Warnung, die schwerste die Ausschließung von der Rechts-

anwaltschaft; in der Mitte zwischen beiden stehen Verweis und Geldstrafe bis zu 3000 Mark, die auch miteinander verbunden werden können; bloße Geldstrafe bis zu 150 Mark ist milder als Verweis (RAO. § 62, 63).

Vgl. noch RAO. § 6 Nr. 3, § 15 Nr. 1. Geldstrafen fließen zur Kasse der Kammer, RAO. § 97. Die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein, RAO. § 96.

Ein und dieselbe Handlung kann zugleich öffentliche und ehrengerichtliche Strafe nach sich ziehen und also Gegenstand sowohl eines Strafprozesses wie eines ehrengerichtlichen Verfahrens werden. Wenn aber eine Handlung, gerade weil sie öffentlich strafbar, auch zu einem ehrengerichtlichen Verfahren Veranlassung gibt, so ist das strafgerichtliche Urteil für die ehrengerichtliche Entscheidung maßgebend, RAO. § 65.

Über die ehrengerichtliche Bestrafung ist auf Grund eines Verfahrens zu erkennen, welches sich — soweit nicht Abweichendes bestimmt ist — nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung über das landgerichtliche Verfahren richtet (RAO. §§ 66—97).

Die Einleitung eines ehrengerichtlichen Verfahrens setzt also eine Klage der Staatsanwaltschaft (RAO. § 92) voraus. Zuständig als Ehrengericht ist der Vorstand der Kammer, welcher der Angeschuldigte zur Zeit der Klagerhebung angehört, in der Besetzung von fünf Mitgliedern, RAO. §§ 67, 68. Gegen die Urteile des Ehrengerichtes ist Berufung an den Ehrengerichtshof zulässig, der, beim Reichsgerichte gebildet, ein einheitlicher für ganz Deutschland ist, RAO. § 90. Die Beschwerde gegen Entscheidungen des Ehrengerichtes geht an das Oberlandesgericht, RAO. § 89.

Ein ehrengerichtliches Verfahren kann auch zum Zwecke der Entscheidung über den Grund, aus welchem zufolge des Gutachtens der Kammer die Zulassung versagt worden ist, auf Antrag des Zurückgewiesenen stattfinden (s. darüber RAO. § 93), und eine Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft kann auch, nicht zur Strafe, sondern aus dem Grunde erfolgen, weil die Zulassung wegen einer schon vorher begangenen, die Ausschließung begründenden Handlung von Anfang an hätte versagt werden müssen (RAO. § 64).

X. Zum Teil besondere Bestimmungen gelten für die Rechtsanwaltschaft beim Reichsgerichte (vgl. RAO. § 98).

Über die Zulassung und ihre Zurücknahme entscheidet hier das Präsidium des Reichsgerichtes, und zwar nach freiem Ermessen; ein Recht auf Zulassung besteht nicht, RAO. § 99. — Die beim Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwälte können nicht zugleich bei einem anderen Gerichte zugelassen werden und nicht bei einem anderen Gerichte auftreten. Anderseits kann die Vertretung beim Reichsgerichte vom Prozeßbevollmächtigten auf keinen beim Reichsgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt übertragen werden, RAO. § 100 und 101. — Die beim Reichsgerichte zugelassenen Rechtsanwälte bilden eine Anwaltskammer für sich, RAO. § 102.

B. Die Staatsanwaltschaft findet als Vertreterin öffentlicher Interessen auf dem Gebiete des Zivilprozesses nur eine sehr beschränkte Verwendung: im Eheprozeß, im Kindschaftsprozeß, bei Entmündigung und Todeserklärung.

Eheprozeß: ZPO. §§ 607, 619; Kindschaftsprozeß § 640; Entmündigungsverfahren z. B. §§ 646, 652, 666, 675, 679; Aufgebotsverfahren zwecks Todeserklärung §§ 974, 975.

Das Hauptfeld ihrer Tätigkeit ist der Strafprozeß; die Darstellung ihrer Organisation (GVG. §§ 142 ff.) bleibt darum der Strafprozeßlehre überlassen.

Die Zuständigkeit der staatsanwaltschaftlichen Beamten richtet sich nach derjenigen des Gerichts, für welches sie bestellt sind; vgl. GVG §§ 142—144.

Das Institut der Staatsanwaltschaft entstammt dem französischen Recht; doch ist hier ihre Tätigkeit, gerade auch auf zivilprozessualem Gebiete, eine weit ausgedehntere.[7])

Das „ministère public" (wie in Frankreich die Staatsanwaltschaft heißt) wird im Zivilprozeß teils par voie d'action tätig, als partie principale, teils par voie de réquisition, durch Vorträge und Anträge in einem anhängigen Verfahren, als partie jointe, teils auch (in einigen genau bestimmten Fällen, z. B. gegenüber einem Antrag auf Verschollenheitserklärung) als notwendiger Parteivertreter. Als partie jointe kann sie allemal auftreten, wenn sie es zur Wahrung eines öffentlichen Interesses für angezeigt hält. Was aber ihre Tätigkeit als partie principale angeht, so ist sehr streitig die Auslegung des Art. 46 des Gesetzes vom 20. April 1810: „En matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi; il enveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions, qui intéressent l'ordre public." Eine — allerdings lebhaft bekämpfte — Auffassung will hienach die Staatsanwaltschaft auch als partie principale, nicht nur in den gesetzlich bestimmten Fällen (z. B. Entmündigungsverfahren, Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe), sondern auch in allen Sachen zulassen, „qui intéressent l'ordre public".

Über den Kassationsrekurs zur Wahrung des Gesetzes vgl. noch unten § 100.

---

[7]) Garsonnet I §§ 186 ff.

Dritter Teil.

Das ordentliche Streitverfahren.

---

§ 16.

Einleitung. Arten des Verfahrens.[1])

I. Entſcheidungsverfahren und Vollſtreckungsverfahren ſind ihrem Weſen nach voneinander verſchieden (vgl. oben § 3 II) und es empfiehlt ſich daher, ſie völlig geſondert voneinander zu behandeln, wenn auch allerdings das Vollſtreckungsverfahren einzelne Akte derſelben Art mit ſich bringt (z. B. Zuſtellungen), wie ſie auch im Entſcheidungsverfahren vorkommen, und wenn auch das Vollſtreckungsverfahren ſelbſt wiederum zu Streitigkeiten Veranlaſſung geben kann, die der Entſcheidung bedürfen.

II. Es gibt nun aber auch verſchiedene Arten des Entſcheidungsverfahrens.

1. Es gibt Arten des Verfahrens, welche überhaupt nicht oder doch zunächſt nicht darauf angelegt ſind, einen Parteiſtreit zur Entſcheidung zu bringen.

Das Mahnverfahren (ZPO. §§ 688 ff.) als ſolches endigt, ſobald ein Widerſpruch erhoben wird, es iſt ein Verfahren zur Durchſetzung unſtreitiger Anſprüche. Entmündigungsverfahren (ZPO. §§ 645 ff.), Aufgebotsverfahren (ZPO. §§ 946 ff.) ſind zunächſt gleichfalls nicht auf Streitentſcheidung eingerichtet; zu einem Streite kommt es bei ihnen nur, wenn im Laufe des Verfahrens Klage (Anfechtungsklage, Wiederaufhebungsklage) erhoben wird. Das Aufgebotsverfahren hat ferner die Eigentümlichkeit, daß es ſich nicht gegen einen beſtimmten Gegner richtet.

2. Die übrigen Arten des Entſcheidungsverfahrens ſind von vornherein ſo geſtaltet, daß ſie einen, möglicherweiſe entſtehenden, Parteiſtreit zur Erledigung bringen können; ſie laſſen ſich als Streitverfahren bezeichnen. Sie werden ſämtlich durch Klage eingeleitet (vgl. oben § 4).

---

[1]) Wach § 5. Hellwig § 9. Kohler, Prozeßrechtliche Forſchungen S. 102 ff.

Die Arten aber des Streitverfahrens unterscheiden sich voneinander unter mannigfachen Gesichtspunkten.

a) Diejenige Art des Streitverfahrens, welche die regelmäßige, die in der Praxis weitaus häufigste ist, „der ordentliche Rechtsstreit", hat solche Rechtsverhältnisse (meist vermögensrechtliche) zum Gegenstande, worüber die Beteiligten rechtsgeschäftlich frei verfügen können. Im Eheprozeß („Verfahren in Ehesachen": ZPO. §§ 606 ff.), im Kindschaftsprozeß („Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstand haben": ZPO. §§ 640 ff.), ebenso in den Rechtsstreitigkeiten, zu denen das Entmündigungsverfahren, zum Teil auch das Aufgebotsverfahren (ZPO. § 975: Anfechtungsklage bei Todeserklärung) führen kann, handelt es sich um Rechtsverhältnisse, an denen ein öffentliches Interesse mitbeteiligt ist, weshalb sie eine unbeschränkte Verfügungsfreiheit der Nächstbeteiligten nicht zulassen; darin wurzeln die Haupteigentümlichkeiten dieser besonderen Prozeßarten.

b) Nach einer ganz anderen Richtung unterscheidet sich vom ordentlichen Prozesse der Urkunden- und Wechselprozeß (ZPO. §§ 592 ff.); in diesem sind, im Interesse schleuniger Rechtsverfolgung, die Parteien auf bestimmte Arten unverzüglicher Beweisführung beschränkt; daher es auch nicht immer gleich zu einer endgiltigen, sondern unter Umständen zunächst nur zu einer vorläufigen Entscheidung, einer vorläufigen Verurteilung kommen kann, die dem Beklagten die nachträgliche Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren offenhält, trotzdem aber vollstreckbar ist.[2])

c) Wiederum unter anderem Gesichtspunkt ist in einzelnen Beziehungen das Verfahren erster Instanz verschieden geregelt (und zwar ebensowohl der ordentliche Prozeß, wie der Urkunden- und Wechselprozeß), je nachdem er vor dem kollegialisch organisierten Landgerichte oder dem mit Einzelrichtern besetzten Amtsgericht stattfindet. (Landgerichtlicher Prozeß, Anwaltsprozeß, vgl. oben § 15 A III, ZPO. §§ 253 ff. und amtsgerichtlicher Prozeß, Parteiprozeß, ZPO. §§ 495 ff.)

Eine Beweissicherung (ZPO. §§ 485 ff.) hat Bedeutung nur im Hinblick auf einen möglichen Prozeß, in dem sie der Entscheidung zu Grunde gelegt werden soll.

III. Dem Gebiete des Zivilprozesses im weiteren Sinne gehört auch der Konkurs an, insofern er die zwangsweise Erfüllung vermögensrechtlicher Ansprüche im Wege eines gerichtlichen Verfahrens bezielt. Doch ergreift er nicht, wie das Vollstreckungsverfahren, einzelne Vermögensstücke, sondern eine Gesamtheit von Vermögensrechten, eine Vermögensmasse, die Konkursmasse; er dient auch nicht, wie das Vollstreckungsverfahren, dem Interesse einzelner Gläubiger, sondern dem einer Gläubiger-

[2]) Über das sogen. Prinzip der summarischen Kognition s. unten § 116.

gesamtheit, der Gesamtheit der Konkursgläubiger, der teilnahmeberechtigten Gläubiger eines zu ihrer vollen Befriedigung unfähigen Schuldners (Gemeinschuldners): sie sollen in einem gemeinschaftlichen Verfahren ihre verhältnismäßige Befriedigung finden. Dementsprechend hat auch der Konkurs eine eigentümliche, vom Vollstreckungsverfahren verschiedene Gestalt, und es hat sich denn auch die Lehre vom Konkurs zu einem besonderen Zweige der Prozeßrechtstheorie entwickelt.

IV. Die folgende Darstellung verfährt nun so, daß die allgemeinen prozessualen Begriffe und Regeln zunächst am ordentlichen Prozesse entwickelt und danach die Eigentümlichkeiten der anderen Prozeßarten besonders dargestellt werden.

Ebenso wird hinsichtlich der Akte, welche in gleicher Weise im Vollstreckungs- wie im Entscheidungsverfahren vorkommen können, auf die Darstellung des ordentlichen Prozesses Bezug genommen werden. Streitigkeiten, die sich aus der Zwangsvollstreckung entwickeln, sowie diejenigen Arten des Verfahrens, welche die schleunige Sicherung einer gefährdeten Zwangsvollstreckung oder die einstweilige Regelung eines Zustandes bezwecken (Arrest und einstweilige Verfügung: ZPO. §§ 914 ff.), werden im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung ihre Darstellung finden.

Anhangsweise wird das schiedsgerichtliche Verfahren (oben § 6 IV) behandelt werden. Das amtsgerichtliche Sühneverfahren, in welchem ohne Prozeß, aber unter richterlicher Mitwirkung auf gütlichem Wege Rechtsstreitigkeiten zum Austrag gebracht werden können, ZPO. § 510, soll im Anschluß an das amtsgerichtliche Verfahren erörtert werden.

Die hier skizzierte Art der Darstellung ist im Interesse der Anschaulichkeit gewählt. Die allen Arten des Verfahrens, auch der Zwangsvollstreckung, gemeinsamen Begriffe und Regeln herauszuschälen und abstrakt zusammenzufassen, ist eine einfache, weil rein logische, Aufgabe, die der Leser leicht selbst zu vollziehen vermag.

Erstes Buch.

Die Grundlegung des Rechtsstreites.

1. Kapitel.

Die Klage.

§ 17.

Die Klage als prozeßbestimmender Akt.

Die Klage eröffnet den Rechtsstreit. Von ihrer Form ist gleich hier zu reden. Denn in ihrer Form kommt auch ihr Wesen zu anschaulichem Ausdruck und zugleich die selbständige Funktion, die ihr der Stoffsammlung, der Verhandlung des Rechtsstreites gegenüber, im Verfahren zukommt.

I. Die regelmäßige Form der Klage ist, bei ihrer grundlegenden Bedeutung, die schriftliche: die Klage wird, in der Regel, dadurch erhoben, daß der Kläger dem Beklagten eine *Klageschrift* zustellen läßt, die einen *bestimmten Inhalt* haben muß.

Das gilt für den landgerichtlichen Prozeß wie für den amtsgerichtlichen. ZPO. §§ 253, 499. Für das amtsgerichtliche Verfahren besteht nur die Besonderheit, daß die Klageschrift durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtschreibers hergestellt werden kann. ZPO. § 496. (*Ausnahmsweise* kann im amtsgerichtlichen Prozeß die Klage durch mündlichen Vortrag erhoben werden, wenn die Parteien an einem der ordentlichen Gerichtstage ohne Ladung und Terminbestimmung zur Verhandlung des Rechtsstreites vor Gericht erscheinen oder nach vergeblichem Sühneversuch auf sofortige Verhandlung antragen. §§ 500, 510.)

Dagegen erfolgt die Erhebung eines Anspruchs *im Laufe* eines Rechtsstreites *niemals* in schriftlicher Form, sondern durch *Vortrag in der mündlichen Verhandlung*, ZPO. § 281; im einzelnen s. ZPO. § 33 (Widerklage, d. h. eine Klage, die im Lauf eines anhängigen Rechtsstreites der Beklagte gegen den Kläger erhebt), § 264 (Klagänderung), § 268 Nr. 2, 3 (nicht als Klagänderung geltende Änderungen des Klagantrages), § 280 (Inzidentfeststellungsklagen), §§ 302[4], 541[2], 600[2], 717[2] (durch den Rechtsstreit selbst — ein materiell ungerechtfertigtes Vorgehen des Klägers — veranlaßte Ansprüche des Beklagten auf Schadenersatz oder Erstattung). Alles Nähere bei den betreffenden Materien.

II. Der *wesentliche Inhalt* nun einer Klage ergibt sich zum Teil schon von selbst aus ihrem Zwecke (vgl. oben § 5 I). Sie soll die formelle Grundlage des Rechtsstreites bilden, ihn bestimmen und begrenzen; sie ist die Erklärung, daß, unter welchen Parteien, vor welchem Gericht, worüber ein Rechtsstreit anhängig werden solle.

Demnach *muß* sie enthalten: die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts, die Bezeichnung des erhobenen Anspruchs durch bestimmte Angabe seines Gegenstandes und seines Grundes, endlich das Urteilsbegehren in Gestalt eines bestimmten Antrages. ZPO. § 253[2] Nr. 1 u. 2.

Die schriftliche Klage, die einen Rechtsstreit *eröffnet*, muß aber zugleich auch den Rechtsstreit in *Betrieb* setzen und zu diesem Zwecke noch enthalten: die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites. § 253[2] Nr. 3.

Das sind die *wesentlichen* Erfordernisse einer Klage; fehlt es an einem derselben, so ist die Klage prozessualisch unwirksam, macht die Sache nicht anhängig; sie ist als unstatthaft abzuweisen.

Über die mögliche Heilung des Mangels nach § 295 in der Lehre von den Prozeßmängeln, unten § 84.

Die Klage *soll* zugleich (als vorbereitender Schriftsatz) die mündliche Verhandlung vorbereiten; § 253[4]. Hierüber und über die gleichfalls „instruktionelle" Vorschrift („Sollvorschrift") des § 253[3] später.

III. Von den Parteien und dem Prozeßgerichte ist in besonderen Abschnitten zu reden; die Ladung fällt in die Lehre vom Prozeßbetrieb. Was sonst zum *wesentlichen* Klaginhalt gehört, ist im folgenden zu erörtern.

§ 18.

Arten der Klage (insbesondere Leistungsklage und Feststellungsklage).

I.[1]) Die Klage erstrebt, der Regel nach, einen außerhalb des Urteils liegenden, über ihn hinausgehenden Erfolg. Eine solche Klage ist eine Leistungsklage.

Es finden sich dafür auch die Ausdrücke: Anspruchsklage, kondemnatorische Klage, Verurteilungsklage.

Es kann aber auch sein, daß der Kläger nichts weiter als die im Urteil selbst enthaltene Feststellung begehrt, daß sein Interesse allein schon in der materiellen Rechtskraft des Urteils seine Befriedigung findet; eine solche Klage nennt man eine Feststellungsklage.

II. Leistungsklagen. 1. Ist es dem Kläger nur um einen Rechtserfolg zu tun, der gegen den Beklagten eintreten soll, so bedarf es keines besonderen Vollstreckungsverfahrens; der Rechtserfolg tritt von selbst ein, sobald feststeht, daß der Kläger berechtigt ist, ihn zu verlangen.[2])

So insbesondere, wenn der Kläger die Abgabe einer Willenserklärung (z. B. Abtretung einer Forderung, Auflassung, Eintragung oder Löschung einer Hypothek) beansprucht, ZPO. § 894. Es gehören hieher ferner die mannigfachen Fälle, in denen der Eintritt eines Rechtserfolges (eine Änderung der materiellen Rechtslage) durch einen richterlichen Ausspruch zu vermitteln ist; z. B. Klage auf Herabsetzung einer übermäßigen Vertragsstrafe, BGB. § 343, die dem ehelichen Güterrecht angehörigen Klagen auf Aufhebung des ehemännlichen Rechtes am eingebrachten Gut, Aufhebung oder Wiederherstellung einer Gemeinschaft, BGB. §§ 1418, 1425, 1468, 1469, 1495, 1542, 1547, Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit, BGB. § 2342. — Aus dem Familienrecht: die Klagen auf Anfechtung einer Ehe, Ehescheidung, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, BGB. §§ 1323 ff., 1330 ff., 1514 ff., 1575, 1596, 1599.

2. Kommt es aber dem Kläger auf einen tatsächlichen Erfolg an, auf eine Handlung oder Unterlassung des Beklagten, oder eine eigene Handlung, die in die Rechtssphäre des Beklagten eingreift, die dieser sich gefallen lassen („dulden") soll (z. B. Gestattung der Wegnahme einer Sache), so muß der Kläger zunächst die Verurteilung des Beklagten anstreben, die ihm gestattet, wenn der Beklagte noch immer nicht freiwillig erfüllt, mit der Zwangsvollstreckung gegen ihn vorzugehen: die Verurteilung bildet einen Vollstreckungstitel, aber nie das Feststellungsurteil; dessen Wirksamkeit erschöpft sich in der materiellen Rechtskraft.[3])

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 253, 256. Wach § 2. Planck II § 86. Schmidt §§ 4, 124—126. Hellwig §§ 57 ff. — Literaturübersicht besonders in den Kommentaren von Seuffert und Gaupp-Stein, bei Langheineken, Der Urteilsanspruch (1899) §§ 9 ff. und bei Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) §§ 22 ff., §§ 49 ff.

[2]) Daß es sich hier nicht um eine Leistung des Beklagten im eigentlichen Sinne handelt, ist klar; aber es ist nichts Ungewöhnliches, daß technische Ausdrücke sich nicht mehr mit dem ursprünglichen Wortsinne decken. An der hier vertretenen Zweiteilung der Klagen hält auch fest Hölder, Z. Bd. 29 S. 65 ff.

[3]) Vgl. unten §§ 61 ff.

Das letztere ist bestritten; nach anderer Meinung soll auch das Feststellungsurteil einen Vollstreckungstitel bilden, wenn sich daraus die künftige Entstehung eines Leistungsanspruches ergibt. Jetzt unterscheidet das Gesetz selbst (ZPO. §§ 257—259) vom Feststellungsurteil die Verurteilung zu künftiger Leistung.

III. In gewissen Fällen kann der Kläger die Verurteilung des Beklagten zu einer erst künftig von ihm zu erbringenden Leistung verlangen.[4])

1. Eine Klage auf künftige Leistung ist allgemein statthaft unter der Voraussetzung, daß „den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde", § 259.

In der Regel also, wenn der Schuldner seine Verpflichtung bestreitet, überhaupt, wenn anzunehmen ist, daß er nicht ohne Prozeß erfüllen wolle.[5])

2. Auch ohne diese Voraussetzung kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden, wenn es sich um die Geltendmachung einer (ihrer Natur nach)[6]) nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung (z. B. einer Darlehensforderung) oder um die Geltendmachung eines Anspruches (z. B. des Vermieters oder Verpächters, BGB. §§ 556, 581) auf Räumung eines Grundstückes, eines Wohnraumes oder eines anderen Raumes handelt und die Geltendmachung nur an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist. ZPO. § 257.

3. Wenn aus einem und demselben Rechtsverhältnis Ansprüche auf wiederkehrende, gleichartige Leistungen entspringen, so können zugleich mit einer fälligen Leistung[7]) auch die erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen eingeklagt werden. ZPO. § 258.

Z. B. Es handelt sich um fortlaufende Zinsleistungen (aus Darlehen, Hypothek, Grund- oder Rentenschuld), um Leibrenten, Gewährung des Unterhalts, Reallasten u. s. w.

Die §§ 257—259 sind erst durch die Novelle von 1898 dem Gesetze eingefügt. Der in § 258 enthaltene Grundsatz war bereits in der gemeinrechtlichen Praxis anerkannt. § 257 knüpft historisch an die Kündigungsklage des preußischen Rechtes: AGO. I, 28, §§ 4, 16. Die Regel des § 259 ist völlig neu. Das Interesse des Klägers an möglichst schleuniger Rechtsverfolgung wird in diesen Bestimmungen bevorzugt gegenüber dem Verteidigungsinteresse des Beklagten, der nun seine Einwendungen

---

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 257—259. Schmidt, Änderungen § 125. Hellwig, Anspruch §§ 52, 54 und Lehrbuch § 57.

[5]) In diesem Sinne auch Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage (Festgabe für Fitting 1903) S. 67 ff.; daselbst Erörterung abweichender Anschauungen. Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit rechtfertigt die vorzeitige Klagerhebung nicht. — Gegen die Ausdehnung der Vorschrift auf Unterlassungsansprüche Stein a. a. O. S. 120 ff. — Daß auch aus bedingter Forderung auf Verurteilung geklagt werden könne (so besonders Hellwig), liegt wohl nicht im Sinne des § 259.

[6]) Diese einschränkende Auslegung ist wohl mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht unverträglich. Nach anderer Meinung kommt es nur darauf an, daß jetzt die Geldforderung nicht von einer Gegenleistung abhängig (bei wechselseitigem Vertrage also die Gegenleistung bereits erfolgt) ist.

[7]) Nach anderer Meinung auch, wenn noch überhaupt keine Leistung fällig ist; das widerspricht der Fassung des Gesetzes („auch"!).

nur noch durch Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung nach ZPO. § 767 geltend machen kann.

IV. Feststellungsklagen[8]) können positive oder negative, d. h. sie können auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein.

1. Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen als eine jede von der Rechtsordnung an einen gewissen Tatbestand geknüpfte Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Gegenstande, aus der sich Rechtswirkungen ergeben. Nicht aber kann auf Feststellung einer bloßen Tatsache[9]) geklagt werden.

Abgesehen von der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, worüber unten § 53.

Der Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses kann sich allerdings in die Form kleiden, daß auf Feststellung des einzelnen zweifelhaften Umstandes, z. B. der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Kündigung geklagt wird.

Selbstverständlich kann auch auf Feststellung geklagt werden, daß ein Rechtsverhältnis nur in bestimmtem Umfang bestehe.

Hängt das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses davon ab, ob ein anderes bestanden oder nicht bestanden habe, so ist es richtiger, den Antrag auf das gegenwärtige Rechtsverhältnis abzustellen.[10])

Das Rechtsverhältnis muß nicht notwendig ein unter den Parteien bestehendes sein. (Z. B. Streit zweier Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung.)

2. Die Voraussetzung einer Feststellungsklage bildet ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung.

a) Das Interesse muß ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung sein, d. h. ein Interesse, das es rechtfertigt, die Feststellung schon jetzt — unabhängig von der Geltendmachung eines aus dem Rechtsverhältnis entspringenden Leistungsanspruches[11]) — zu verlangen.

b) Es muß ein rechtliches Interesse, kein bloß tatsächliches (Affektionsinteresse, moralisches oder wirtschaftliches Interesse) sein.

Bei[12]) der positiven Feststellungsklage ist das Interesse stets in einem Rechtsverhältnisse begründet, und zwar, genau besehen, in demjenigen Rechtsverhältnisse,

---

[8]) Aus der Spezialliteratur über die Feststellungsklage (vgl. oben die N. 1): Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2. Aufl. 1867) § 69. Derselbe, Urteile des Reichsgerichts (1883) S. 143 ff. Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1887) S. 129 ff. Weismann, Die Feststellungsklage (1879) (die hier vertretene Auffassung ist bereits wesentlich geändert — in Annäherung an Degenkolb in meiner „Hauptintervention" [1884] S. 78 N. 10). Wach, Der Feststellungsanspruch (Leipziger Festgabe für Windscheid 1888). Kohler, Forschungen S. 63.

[9]) Anderseits ist unzulässig eine Klage, mit der nur Entscheidung einer eventuell entstehenden, abstrakten Rechtsfrage begehrt wird. ERG. Bd. 6 Nr. 119, Bd. 18 S. 172.

[10]) Eine Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses ist zugelassen in ERG. Bd. 27 Nr. 49.

[11]) Man kann zugeben, daß dies der Sinn der Worte ist, ohne darum auf die Subsidiarität der Feststellungsklage (N. 14) schließen zu müssen.

[12]) Die im folgenden vertretene, von Degenkolb a. a. O. tiefer begründete Anschauung von der materiellrechtlichen Seite der Feststellungsklage ist keineswegs die

das den unmittelbaren, eigentlichen Gegenstand der Feststellungsklage bildet. Es entspringt aus der Ungewißheit des Rechtsverhältnisses und der dadurch bedingten Beeinträchtigung seines Genusses. (Z. B. dem Eigentümer, dem Gläubiger ist die Veräußerung seines Rechtes dadurch erschwert, daß es ihm bestritten wird; Bestand oder Fortdauer eines Mietverhältnisses ist streitig.)

Daß aber nur auf Feststellung und nicht auf Leistung geklagt wird, kann darin seinen Grund haben, daß gegenwärtig ein Leistungsanspruch dem Kläger überhaupt noch nicht zusteht, oder daß die prozessuale Durchführung eines Leistungsanspruches jetzt nicht möglich oder nicht zweckmäßig ist;[13]) endlich auch kann es sein, daß an der Geltendmachung eines vorhandenen Leistungsanspruches der Kläger kein Interesse hat; es ist die Erhebung einer positiven Feststellungsklage nicht notwendig dadurch ausgeschlossen, daß der Kläger auch eine Leistungsklage aus dem Rechtsverhältnis erheben könnte. Die positive Feststellungsklage ist der Leistungsklage gegenüber nicht ihrem Wesen nach subsidiär.[14])

Wie bei der positiven, so kann auch bei der negativen Feststellungsklage das Feststellungsinteresse in einem bestimmten Rechtsverhältnisse begründet sein, z. B. in dem Eigentum an einem Grundstück, wenn auf Feststellung des Nichtbestehens einer Dienstbarkeit geklagt wird. Es kann aber auch sein, daß das Interesse an der negativen Feststellung nicht auf der Gefährdung eines bestimmten Rechts, sondern auf dem Bedürfnis des Klägers beruht, sein Vermögen als Ganzes (die Gesamtheit seiner Vermögensrechte, auf der die Schulden lasten) gegen künftige prozessuale Angriffe zu sichern.[15]) So wird, wenn auch nicht notwendig,[16]) so doch in der Regel, das Feststellungsinteresse für den Kläger begründet sein, wenn sich der Beklagte einer Forderung gegen ihn berühmt hat.

Das Feststellungsinteresse ist stets ein privatrechtliches. Wenn gesagt wird, das Interesse könne auch ein öffentlichrechtliches, besonders strafrechtliches[17]) sein (es handelt sich z. B. um ein Eigentumsdelikt, etwa eine Sachbeschädigung, und der Beschuldigte behauptet, Eigentümer der Sache zu sein), so wird in solchem Falle auch immer eine Störung des Privatrechts und also auch ein privatrechtliches Interesse zu finden sein.

c) Das Interesse muß ein Interesse an der Feststellung sein, also ein solches, das unmittelbar durch die materielle Rechtskraft des Urteils seine Befriedigung findet.

Es kommt vor, daß Klagen, die am letzten Ende die Durchsetzung eines Leistungsanspruches bezwecken, formell auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses abgestellt werden, namentlich dann, wenn die Erfüllung des Anspruchs in einem anderen selbständigen Verfahren erfolgen soll, im Konkurse (KO. § 146), in einem Verwaltungsverfahren, einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. einem Auseinandersetzungs-

---

herrschende. Nimmt man einen publizistischen Rechtsschutzanspruch an (vgl. unten § 20), so erscheint als Unterart desselben „der Feststellungsanspruch". Für die materiellrechtliche Auffassung auch R. Leonhard in Z. Bd. 15 S. 356 f.

[13]) Insbesondere: bei Schadenersatzansprüchen ist die Feststellung der Höhe des Schadens zur Zeit mit Schwierigkeiten verknüpft; ERG. Bd. 21 Nr. 75 (vereinigte Zivilsenate).

[14]) Gegen die Annahme der subsidiären Natur der Feststellungsklage (auch in älteren Reichsgerichtsentscheidungen vertreten) besonders Wach, Feststellungsanspruch S. 61 ff., Hellwig, Anspruch S. 436.

[15]) Kann die Befriedigung einer Forderung aus der Gesamtheit der Vermögensrechte des Schuldners gefordert werden, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch diese Gesamtheit, so gut wie ein einzelnes Recht, sollte gesichert werden können; an einer materiellen Beziehung der Feststellungsklage fehlt es also auch hier nicht.

[16]) So Stölzel, Z. Bd. 26 S. 322 ff.

[17]) So ERG. Bd. 16 Nr. 95.

verfahren). Klagen dieser Art sind allerdings auch Feststellungsklagen (in einem formalen Sinne des Wortes), aber nicht Feststellungsklagen im Sinne des § 256 der ZPO.[18])

Zuweilen treten übrigens auch Klagen, die auf einen Rechtserfolg abzielen (s. oben II 1), sowie Klagen auf Unterlassung[19]) fälschlich im Gewande von Feststellungsklagen auf.

3. Den Zweck der negativen Feststellungsklage erreichte das gemeine Recht (im Anschluß an das mittelalterliche italienische) auf indirektem Wege durch die sogen. provocatio ex lege diffamari: demjenigen, der sich eines Anspruches gegen einen anderen berühmt, wird auf dessen Antrag vom Gericht eine Frist zur Klagerhebung gesetzt; erfolgt sie nicht, so wird er auf weiteren Antrag mit seinem Anspruch präkludiert (es wird ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt, perpetuum silentium imponitur).

Das römische Recht kannte nur einen ganz beschränkten Kreis von sogen. actiones praeiudiciales (namentlich Statusklagen), die gemeinrechtliche Gerichtspraxis aber hatte Feststellungsklagen bereits in weitestem Umfange zugelassen; ein innerer Zusammenhang mit dem mittelalterlichen Recht und deutschrechtlichen Anschauungen ist dabei unverkennbar.[20])

V. Nach anderer Auffassung hat man zu unterscheiden: 1. Leistungsklagen, 2. Feststellungsklagen, 3. Bewirkungsklagen (konstitutive Klagen, Rechtsänderungs-, Rechtsgestaltungsklagen), wobei namentlich das streitig ist, ob die Klagen auf Abgabe einer Willenserklärung zu den Leistungsklagen oder den Bewirkungsklagen zu rechnen seien.[21]) Es erscheint aber vom prozessualen Standpunkt aus korrekter, die Bewirkungsklage als eine Unterart der Leistungsklagen aufzufassen als derjenigen Klagen, die einen über die materielle Rechtskraft des Urteils hinausgehenden Erfolg bezwecken.

VI. Die Zivilprozeßordnung bedient sich des Ausdruckes Klage auch in einem rein formalen Sinne; nämlich überall da, wo ein formell selbständiges Verfahren erster Instanz einzuleiten ist, das zu einem Urteile auf Grund mündlicher Parteiverhandlung führen soll, mag es sich auch dabei nur um rein prozessuale Fragen, namentlich Fragen der Zwangsvollstreckung, handeln.

Z. B. Klagen auf Erteilung oder Beseitigung der Vollstreckungsklausel, ZPO. §§ 731, 768, auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils (§§ 722, 1042) u. s. w. Das Nähere über diese und andere dem Vollstreckungsverfahren angehörige Klagen, deren Natur sehr zweifelhaft und bestritten (namentlich §§ 767, 771), in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

---

[18]) Denn sie bezwecken nicht die Sicherung eines Rechtsgenusses; meist wird (namentlich auch im Falle des § 146 KO.) Feststellungsklage angenommen; aber dann wird eben der Begriff der Feststellungsklage in einem anderen als dem hier vertretenen, materiellen Sinne genommen.

[19]) Eigentliche Leistungsansprüche auf Unterlassung gibt es nicht, O. Fischer, Recht und Rechtsschutz (1889) S. 79 f. Aber mit Hilfe der Verurteilung erlangt der Berechtigte einen stärkeren Schutz durch richterliche Strafdrohung, vgl. ZPO. § 890; der Anspruch auf Unterlassung, der mit der Klage geltend gemacht wird, ist also, materiellrechtlich betrachtet, ein Sicherungsanspruch (so schon in meiner „Hauptintervention" § 12 N. 5); daß, nach geltendem Recht, die Sicherung nur durch richterliche Strafdrohung gewährt wird, tut seinem materiellrechtlichen Charakter keinen Eintrag. Literatur über die Unterlassungsansprüche bei Hellwig, Anspruch § 50 (auch Lehrbuch S. 373 ff.); s. noch Stein, Voraussetzungen S. 115 ff.

[20]) Über die Geschichte der Feststellungsklagen: meine „Feststellungsklage" S. 2 ff.

[21]) So namentlich Seuffert, Gaupp-Stein, Hellwig (Anspruch §§ 16, 22). — Die hier fragliche Einteilung der Klagen hängt aufs engste zusammen mit der Einteilung der Urteile, vgl. unten § 61.

Klagen nennt die ZPO. auch gewiſſe Akte, die auf Anfechtung gerichtlicher Entſcheidungen gerichtet ſind: insbeſondere z. B. „Nichtigkeits- und Reſtitutionsklage" (§§ 579, 580) (ihrem Charakter nach Rechtsmittel).

Andere betrachten auch ſolche nur formelle Klagen (Prozeßbehelfe in Klagform) als Unterart der Bewirkungsklagen, unterſcheiden alſo: Bewirkungsklagen auf Änderung einer materiellen, einer prozeſſualen Rechtslage.[22]) Aber Änderung bloß der prozeſſualen und Änderung der materiellen Rechtslage ſind ſo weſentlich voneinander verſchieden, daß es wohl richtiger iſt, ſie nicht unter einen und denſelben Klagbegriff zu bringen.

VII. In verſchiedener Beziehung (z. B. GVG. § 23 Nr. 1, ZPO. §§ 20, 23, 40, 546) wird von Wichtigkeit der Begriff der vermögensrechtlichen Klagen. Darunter ſind zu verſtehen Klagen, deren Antrag auf Entſcheidung über ein Rechtsverhältnis gerichtet iſt, das einen Vermögenswert (Geldwert) hat.[23])

Nicht vermögensrechtlich iſt z. B. das Namensrecht, BGB. § 12; nicht vermögensrechtlich ſind familienrechtliche Verhältniſſe; wohl aber können aus ſolchen vermögensrechtliche Anſprüche (z. B. auf Unterhalt) hervorgehen.

§ 19.

Der Klaganſpruch.

I. Bezeichnet man als „Anſpruch", wie auch die Zivilprozeßordnung das tut,[1]) ganz im allgemeinen den materiellen Klaginhalt, das, was — in einem allerdings vagen Sinne — der Kläger begehrt, ſo kann man ſagen: daß jede Klage eine Anſpruchsbehauptung enthalte.

Das Begehren des Klägers wird bald auf die Entſcheidung bezogen, die er beantragt (ſo, wenn man von einem Feſtſtellungsanſpruch redet), bald auf die Leiſtung (z. B. Anſpruch auf Zahlung), oder den Erfolg, auf den es am letzten Ende dem Kläger ankommt (z. B. Anſpruch auf Aufhebung der Gütergemeinſchaft). Auch wird unter Anſpruch bald der ſpezielle Rechtsgrund des Begehrens mitverſtanden (der rechtlich qualifizierte Anſpruch, z. B. Eigentumsanſpruch), bald nur das Begehren, abgeſehen von ſeinem ſpeziellen Rechtsgrunde (ſo, wenn in ZPO. § 146 die Rede iſt von einem Anſpruch mit mehreren Klaggründen).

II. Der Klaganſpruch muß in der Klage genau bezeichnet ſein durch beſtimmte Angabe 1. ſeines Gegenſtandes und 2. ſeines Grundes. ZPO. § 253[2] Nr. 2.[2])

1. Es muß der Gegenſtand beſtimmt bezeichnet ſein, deren Leiſtung

---

[22]) So Seuffert, Gaupp-Stein, Hellwig (Anſpruch § 54, Lehrbuch § 62), Kiſch, Beiträge zur Urteilslehre (1903) §§ 7 ff.

[23]) Komment. beſonders zu ZPO. § 20. Hellwig § 33 Nr. 3.

[1]) Über den Anſpruch im Sinne der ZPO. Hellwig, Anſpruch § 23 und die dort angeführte Literatur. — Komment. beſonders zu ZPO. §§ 145, 146.

[2]) Komment. zu ZPO. § 253, auch § 268.

der Kläger beanſprucht (z. B. die Sache, deren Herausgabe verlangt wird, muß ſo genau bezeichnet ſein, daß nicht zweifelhaft ſein kann, welche gemeint iſt), es muß beſtimmt bezeichnet ſein das Objekt des Rechtsverhältniſſes, um deſſen Feſtſtellung es ſich handelt.

2. „Der Grund des erhobenen Anſpruchs" (ZPO. § 253[2] Nr. 2), der „Klaggrund" (ZPO. §§ 146, 268) iſt ſein Entſtehungsgrund, der Tatbeſtand, aus dem der Kläger ſeinen Anſpruch herleitet, und dazu gehört namentlich bei Anſprüchen aus dinglichen Rechten der Erwerbsgrund. Dieſer Tatbeſtand muß aber nur individualiſiert, er braucht nicht, im eigentlichen Sinne, ſubſtanziiert zu ſein, d. h. es bedarf, zum weſentlichen Inhalt der Klage, nicht der genauen Angabe der einzelnen tatſächlichen Momente, aus denen er ſich zuſammenſetzt (ZPO. § 268 Nr. 1), er muß nur, nach ſeinen juriſtiſch weſentlichen Merkmalen, ſo genau bezeichnet ſein, daß kein Zweifel darüber ſein kann, welcher, juriſtiſch erhebliche, Vorgang gemeint iſt.

Alſo z. B. Hingabe eines beſtimmten Darlehens (gleichviel übrigens ob in bar oder durch Vereinbarung nach BGB. § 607[2]), ein beſtimmter Kaufvertrag (gleichviel übrigens in welcher Weiſe er zum Abſchluß gekommen) u. ſ. w.

Der Begriff des Klaggrundes[3]) iſt ſehr beſtritten. Es ſtehen ſich hauptſächlich zwei Anſichten gegenüber, die man als Individualiſierungstheorie[4]) und Subſtanziierungstheorie bezeichnet; die letztere, hier vertretene, wonach Klaggrund den Entſtehungsgrund des Anſpruchs bedeutet, iſt die in der Praxis[5]) herrſchende; ihre Bezeichnung als Subſtanziierungstheorie iſt darum unzutreffend, weil eine Subſtanziierung im eigentlichen Sinne, d. h. eine Darlegung der einzelnen tatſächlichen Vorausſetzungen, auch von ihr nicht verlangt wird (was angeſichts der Beſtimmung des § 268 Nr. 1 unmöglich wäre).[6]) Die „Individualiſierungstheorie" verſteht unter Klaggrund das Rechtsverhältnis, auf das ſich das Klagbegehren gründet; dieſes Rechtsverhältnis brauche nur individualiſiert,[7]) d. h. ſo bezeichnet zu ſein, daß es von anderen gleichartigen Rechtsverhältniſſen zu unterſcheiden ſei. Die Bedeutung der Kontroverſe wird dadurch ſehr eingeſchränkt, daß es gerade auch zur Individualiſierung von Forderungsrechten der Angabe des Entſtehungsgrundes (der causa) bedarf, wie überhaupt zur Individualiſierung von Rechtsverhältniſſen, die nicht von der Art ſind, daß ſie an einem und demſelben Objekt nur einmal beſtehen können und darum ſchon durch Bezeichnung ihres Objektes hinreichend individualiſiert ſind, wie z. B. das Eigentum. Von der Auffaſſung des Klaggrundes hängt auch weiter ab: der Umfang der materiellen Rechtskraft des Urteils (ZPO. § 322) und der Rechtshängigkeit. Die Individualiſierungstheorie führt zu einer bedenklichen Erweiterung dieſes Umfanges und einer nicht erklärlichen Verſchiedenheit in der Behandlung der durch den Entſtehungsgrund

[3]) Planck II § 87 (beſ. N. 80). Schmidt § 75 II b (Änderungen S. 115), und beſonders eingehend Schmidt, Klagänderung (1888) S. 147 ff., 198; auch M. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 88 S. 128 ff.

[4]) Zuerſt von Wach aufgeſtellt (Vorträge, in der 2. Aufl. S. 19 ff.), vgl. auch in Gruchot Bd. 33 S. 1 ff. Eine Zuſammenſtellung der hauptſächlichſten Anhänger der beiden Theorien z. B. bei Seuffert.

[5]) Insbeſondere ERG. Bd. 10 Nr. 142, Bd. 11 Nr. 50. S.A. Bd. 50 Nr. 281 und Bd. 51 Nr. 223 (Bayr. oberſt. Landesger.). Ferner: S.A. Bd. 37 Nr. 155 (Celle), Bd. 39 Nr. 144 (Hamburg), Bd. 41 Nr. 65 (Jena), Bd. 54 Nr. 184 (Kiel).

[6]) Was von gegneriſcher Seite gegen die Subſtanziierungstheorie vorgebracht wird, trifft großenteils nur die Forderung einer Subſtanziierung im eigentlichen Sinne.

[7]) Hellwig, Anſpruch §§ 10 ff., Lehrbuch §§ 37 ff.

und der durch ihr Objekt individualisierten Verhältnisse; wer mit einer Forderungsklage, aus unerlaubter Handlung oder aus Vertrag, abgewiesen ist, kann, mit Bezug auf denselben Vorgang, einen Anspruch unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung, erheben, weil der Anspruch durch seinen (juristisch wesentlichen) Entstehungsgrund individualisiert wird; wem aber das Eigentum schlechtweg abgesprochen ist, der könnte es nun auch nicht mehr auf Grund einer anderen Erwerbstatsache behaupten, die ihm erst später bekannt geworden ist. Die Auffassung des Klaggrundes als des „historischen Fundamentes" der Klage entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, den die Verfasser der Zivilprozeßordnung vorfanden; und daß sie diesem folgen wollten, ergeben die Motive. Allerdings wird im Urteil über Rechtsverhältnisse entschieden, nicht über Tatsachen; aber die Entscheidung beschränkt sich eben darauf, ob aus einem bestimmten Tatbestand das Rechtsverhältnis entstanden sei oder nicht.

Übrigens soll die Klagschrift als vorbereitender Schriftsatz (ZPO. § 253[4]) sogar die Angabe der einzelnen zur Begründung des Klagantrages dienenden tatsächlichen Verhältnisse enthalten (ZPO. § 130 Nr. 3) und kann der Kläger die Verurteilung des säumigen Beklagten nur erlangen, sofern das zur Klagbegründung erforderliche tatsächliche Vorbringen dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war (ZPO. §§ 331, 335 Nr. 3).

Jedenfalls muß nur der Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses angegeben werden, aus dem der Anspruch unmittelbar abgeleitet wird; also z. B. nur der Entstehungsgrund der geltend gemachten Dienstbarkeit, nicht auch der des Eigentums am herrschenden Grundstück.

III. Wo ein Anspruch vorhanden ist, da ist — eben darum — auch ein Rechtsverhältnis. Aber nicht immer ist mit einem Rechtsverhältnis auch schon ohne weiteres ein Anspruch (im Sinne des § 194 BGB. „das Recht von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen") oder doch ein fälliger und klagbarer Anspruch gegeben. Insbesondere bei dinglichen Rechtsverhältnissen muß zu dem dinglichen Rechte noch ein besonderer Umstand hinzutreten, der den Anspruch gegen eine bestimmte Person hervorruft, eine sogen. „Rechtsverletzung".[8])

Z. B. beim Eigentum Vorenthaltung des Besitzes, BGB. § 985, oder anderweite Beeinträchtigung, § 1004. Auch wenn man der Ansicht ist, daß ein Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung gegen jedermann bei absoluten Rechten ohne weiteres gegeben ist,[9]) so kann doch auf Unterlassung geklagt werden nur dann, wenn das Eigentum wirklich beeinträchtigt ist und weitere Beeinträchtigungen zu erwarten sind.

So beim Namensrecht, BGB. § 12, beim Eigentum, bei Grunddienstbarkeit, Nießbrauch, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, Hypothek, Pfandrecht, BGB. §§ 1004, 1017, 1027, 1065, 1090, 1134, 1227, entsprechend beim Besitz, BGB. § 862; und auch sonst wird bei „Ansprüchen auf Unterlassung" eine rechtsverletzende Tatsache vorausgesetzt, so im Verhältnis des Vermieters zum Mieter, des Eigentümers zum Nießbraucher, BGB. §§ 550, 1053.

In solchem Falle gehört zur Klagbegründung auch die Behauptung eines derartigen Umstandes; man kann ihn als den passiven Klaggrund

---

[8]) Keineswegs ist eine „Rechtsverletzung" allgemeine Voraussetzung jeden Klagrechts; gegen diese Auffassung besonders Wach § 12 N. 18, Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 68, Hölder, Z. Bd. 22 S. 1 ff., Hellwig, Anspruch § 50 I 4.

[9]) Darüber Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts § 43 N. 3.

bezeichnen, im Unterschiede von dem aktiven Klaggrund, dem Rechte, aus dem der Anspruch abgeleitet wird.

IV. Die Darlegung der besonderen Umstände, aus denen sich ergibt, daß gerade der Kläger der Anspruchsberechtigte, gerade der Beklagte der Anspruchsverpflichtete sei (wie z. B. Beerbung, Abtretung der Forderung, Schuldübernahme), bezeichnet man als Sachlegitimation und unterscheidet dabei Aktivlegitimation (Sachlegitimation des Klägers) und Passivlegitimation (Sachlegitimation des Beklagten). Zur Passivlegitimation gehört also namentlich auch der passive Klaggrund. Fehlt es an der Sachlegitimation, so pflegt man zu sagen der Kläger, der Beklagte sei nicht der rechte Kläger, nicht der rechte Beklagte. Die Sachlegitimation gehört, da es ja darauf ankommt, ob der Kläger der Anspruchsberechtigte, der Beklagte der Anspruchsverpflichtete sei, mit zur Begründung der Klage, bildet ein Stück des Klaggrundes.[10])

Vgl. auch unten § 22 die Lehre von den Parteien.

V. In einer und derselben Klage können mehrere Ansprüche zusammen geltend gemacht werden, und zwar mehrere Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten (objektive Klagenhäufung) oder mehrere Ansprüche gegen mehrere Beklagte oder mehrere Ansprüche mehrerer Kläger (subjektive Klagenhäufung, Streitgenossenschaft). Davon wird in einem besonderen Abschnitte (§§ 103 ff.) die Rede sein.

Im Zusammenhang mit der Lehre von der Klagenhäufung kann auch erst erörtert werden, in welchem Sinne von einem Anspruch mit mehreren Klaggründen (ZPO. §§ 146, 303) zu reden sei.

VI. Daß der Beklagte durch sein Verhalten, insbesondere durch seine Weigerung freiwillig den Anspruch zu erfüllen, zur Klagerhebung Anlaß gegeben habe, gehört nicht zum Klaggrunde. Begründet ist die Klage allemal dann, wenn der erhobene Anspruch begründet ist. Ist sie unveranlaßt, so hat das nur für die Kostenfrage Bedeutung. ZPO. §§ 93, 94.

§ 20.

Die Klagbefugnis und ihre Voraussetzungen (Klagbarkeitsvoraussetzungen).

I. Zur Begründung der Klage, des Klagantrages (auf Feststellung, Verurteilung), (wenn auch nicht zum — rein materiellrechtlichen — Klaggrund im eigentlichen Sinn des Wortes) gehört auch die Angabe der Klagbarkeitsvoraussetzungen in den Fällen, in denen nicht schon ohne weiteres aus dem behaupteten Anspruch auch seine Klagbarkeit folgt; also: die Behauptung des rechtlichen Interesses an der beantragten Fest-

[10]) Wetzell § 16. Planck § 44 I, V. Hellwig, Anspruch § 18 II.

stellung, die Behauptung der besonderen Voraussetzungen, unter denen auf Verurteilung zu künftiger Leistung geklagt werden kann. (Vgl. oben § 18.)

Fällige Leistungsansprüche sind in der Regel nach geltendem Rechte ohne weiteres klagbar. Aber denkbar wäre es, daß aus besonderen Gründen auch die Klagbarkeit eines fälligen Leistungsanspruches noch an eine besondere Voraussetzung geknüpft würde. Ein Beispiel bietet der § 5 des RGes. betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (vom 21. Juli 1879, neue Fassung vom 17. Mai 1898): danach kann die Erhebung des „Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist", während ein solcher für die Klagerhebung nach § 2 unbedingt erforderlich ist.[1]) — Ob in den Fällen BGB. §§ 656, 762, 764 von einem klaglosen Anspruch geredet werden darf, ist freilich nicht unzweifelhaft.[2]) Daß aber klaglose Ansprüche undenkbar seien, wird sich wohl nicht behaupten lassen.

Für denselben Begriff habe ich mich früher des Ausdruckes „Klagvoraussetzungen" bedient, möchte nun aber dem, wenn auch schwerfälligeren, so doch bezeichnenderen Worte „Klagbarkeitsvoraussetzung" den Vorzug geben.[3])

II. Die Klagbarkeitsvoraussetzungen gehören nicht zu den materiellrechtlichen Voraussetzungen der Klage, sie haben mit dem Rechtsverhältnisse, um dessen Feststellung es sich handelt, oder mit dem — an sich ja außerhalb des Prozesses und unabhängig von ihm bestehenden — Anspruche auf Leistung nichts zu tun. Wird die Klage wegen mangelnder Klagbarkeitsvoraussetzung abgewiesen, so ist damit über das festzustellende Rechtsverhältnis oder den geltend gemachten Leistungsanspruch nichts entschieden. Sie gehören anderseits auch nicht zu den rein prozessualen Voraussetzungen der Klage (wie z. B. die Zuständigkeit des Prozeßgerichts), den Voraussetzungen, von denen es abhängt, ob überhaupt auf die erhobene Klage hin eine Entscheidung „in der Hauptsache", „in der Sache selbst" (d. h. über den Klaganspruch) — gleichviel ob eine dem Kläger günstige oder ungünstige — möglich sei. Sie sind vielmehr die Voraussetzungen,

[1]) Vgl. ERG. Bd. 41 Nr. 23 (vereinigte Zivilsenate).

[2]) Dazu vgl. Hellwig, Anspruch S. 13 N. 22, S. 405 N. 15.

[3]) Meine „Hauptintervention" § 21; ich habe dort bereits die Klagvoraussetzungen bezeichnet als die Voraussetzungen einerseits des im privaten Rechte des Klägers wurzelnden Anspruchs auf die Wirkungen des ihm günstigen Sachurteils (Verurteilung, Feststellung), als die Voraussetzungen anderseits der staatlichen Rechtsschutzgewährung. — Daß es den Erfolg der Klage bedingende Voraussetzungen gebe, die sich weder unter den Begriff der rein materiellrechtlichen Voraussetzungen des streitigen Rechtsverhältnisses noch unter den Begriff der rein prozessualen Klagvoraussetzungen (Prozeßvoraussetzungen) bringen lassen, ist von mir — soweit ich die Literatur kenne — a. a. O. (besonders § 21 unter III und IV) zum ersten Male ausgesprochen worden. Und die Richtigkeit dieses Gedankens wird man vielleicht auch zugeben können, wenn man weder den hier vertretenen Begriff der Klagbefugnis noch den des Rechtsschutzanspruchs (im Sinne Wachs) zu akzeptieren vermag. — Des Ausdruckes „Klagvoraussetzungen" bedient sich auch Hellwig (Anspruch §§ 16 ff.); er rechnet darunter aber auch die Voraussetzungen des Leistungsanspruchs, des festzustellenden Rechtsverhältnisses (in demselben Sinne auch Stein, Voraussetzungen) und anderseits rechnet er darunter auch Voraussetzungen, die nach meiner Auffassung rein prozessuale Klagvoraussetzungen sind. Meines Erachtens kommt es darauf an, die Eigentümlichkeiten der Klagbarkeitsvoraussetzungen gerade im Gegensatz zu den rein materiellrechtlichen und rein prozeßrechtlichen Voraussetzungen der Klage herauszuheben. Eine nähere Auseinandersetzung im einzelnen ist im Rahmen dieses Lehrbuches unmöglich.

von denen es abhängt, ob — angenommen auch, daß an sich, nach materiellem Rechte, der Leistungsanspruch, das Rechtsverhältnis, um dessen Feststellung es sich handelt, begründet (bei der negativen Feststellungsklage nicht begründet) wäre — der Kläger berechtigt sein würde, die Verurteilung des Beklagten, die den Beklagten bindende Feststellung zu verlangen; anders ausgedrückt: ob er die Befugnis hätte, die Verurteilung des Beklagten, die den Beklagten bindende Feststellung zu erwirken.[4]) Diese Befugnis ist es, die man als die *materielle Klagbefugnis* bezeichnen kann, im Unterschiede von der prozessualischen Klagbefugnis, welche nur die Befugnis ist, überhaupt eine Entscheidung, gleichviel ob eine günstige oder ungünstige, in der Hauptsache herbeizuführen.[5])

Diese Befugnis ist ein sogen. „Kannrecht",[6]) die Befugnis, einen Rechtserfolg, nämlich die mit dem — für den Kläger günstigen — Urteil verknüpften *Wirkungen* herbeizuführen. Sie kann keine rein publizistische sein, denn sie ist an ein rein privates Rechtsverhältnis des Klägers gebunden und dient seinem privatrechtlichen Interesse: er soll die Befugnis erhalten, im Wege der Zwangsvollstreckung seinen privatrechtlichen Anspruch durchzusetzen, seine privatrechtliche Stellung soll durch die materielle Rechtskraft des Urteils gesichert werden. Sie gereicht dem Kläger zum Vorteil und dem Beklagten zum Nachteil; sie greift in die Privatrechtssphäre des Beklagten ein: der Beklagte wird der Zwangsvollstreckung des Klägers unterworfen, er wird durch die Feststellung gebunden, in seiner privaten Rechtsstellung beschränkt.

Sie ist anderseits keine *rein* privatrechtliche, denn der Kläger will diese ihm günstigen Wirkungen durch Prozeß und Urteil erreichen und sie kommen auch wieder auf prozessualem Wege zur Geltung (unten § 61). Aber nichtsdestoweniger bleibt es doch wahr, daß die Verurteilung, die Feststellung das Werk des Klägers ist;[7]) sie beruht auf seiner Initiative, findet ihre materielle Rechtfertigung in *seiner* privatrechtlichen Stellung und kommt hinwieder dieser zu gute, wie sie die privatrechtliche Stellung des Beklagten zu seinem Nachteil beeinflußt. In Hinsicht auf den *Erfolg* des Rechtsstreites, d. h. die dem Kläger günstigen Wirkungen des Urteiles steht das Gericht durchaus gleich dem Vollstreckungsorgane, es verhilft durch sein Urteil (wie jenes durch die Zwangsvollstreckung) dem Kläger zu einem für seine Privatrechtsstellung günstigen Erfolge, es wird (wie jenes) zwar als Organ des Staates, aber in

---

[4]) Der Kürze halber bediene ich mich — allerdings nicht ganz genauer Weise — hier (wie auch in meiner „Hauptintervention" a. a. O.) der Ausdrücke „Verurteilung" und „Feststellung", um die *Wirkungen* des dem Kläger günstigen Urteils — die Vollstreckbarkeit (für den geltend gemachten Leistungsanspruch), die materielle Rechtskraft (für das festzustellende Rechtsverhältnis) — zu bezeichnen.

[5]) Eine Entscheidung über die *erhobene* Klage. — Ein publizistisches Recht, zu *klagen*, im Sinne eines Rechtes auf Prozeß (*Degenkolb*, Einlassungszwang und Urteilsnorm [1877], *Plosz*, Beiträge zur Theorie des Klagrechts [1879]) ist allerdings denkbar, aber sofern jeder überhaupt Rechts*fähige* auch Kläger sein kann, ist es wohl mindestens dem Sprachgebrauche nicht entsprechend, von einem Klag*rechte* in diesem Sinne zu reden. *Meine* „Hauptintervention" § 24 N. 3. Die Literatur bei *Langheineken*, Urteilsanspruch § 2 II, dazu noch besonders *Bülow*, Z. Bd. 27 S. 242 ff., Bd. 31 S. 201 ff.

[6]) Im Sinne eines (an ein vorhandenes Rechtsverhältnis geknüpften) Rechtes, das eine „Macht über eine gewisse Rechtswirkung gewährt"; so *Zitelmann*, Internationales Privatrecht Bd. 2 (1898) S. 32.

[7]) Von dieser Grundanschauung geht auch *Kohler* aus, wenn er (Der Prozeß als Rechtsverhältnis [1888] § 2) das *Prozeßverhältnis* als zweiseitiges Verhältnis unmittelbar zwischen Kläger und Beklagtem konstruiert.

dem, als berechtigt erkannten, Interesse des Klägers tätig: es besteht in dieser Hinsicht die vollkommenste, im innersten Wesen des Prozesses begründete, Parallele zwischen Rechtsstreit und Zwangsvollstreckung.

Ein Urteilsanspruch als Unterart des Rechtsschutzanspruches in dem Sinne, wie er, zuerst von Wach aufgestellt, mehrfach in der Literatur[8]) vertreten wird, im Sinne nämlich eines nur äußerlich an die Rechtslage des Klägers angeknüpften rein publizistischen Anspruches gegen den Staat (das Gericht als Organ des Staates) auf ein dem Kläger günstiges Urteil, scheint mir nicht annehmbar zu sein. Dieser Anspruch könnte jedenfalls nur gedacht werden als ein Anspruch auf ein Tun, und dieses Tun könnte nur darin bestehen, daß das Gericht in einem dem Kläger günstigen Sinne entscheide; nun kann aber das Gericht nur entscheiden nach Maßgabe seiner Erkenntnis, etwas anderes kann nicht von ihm gefordert werden, und seine Erkenntnis kann es sich nur bilden auf Grund des Prozesses. Das Urteil ist wie jede Erkenntnis an einen Erkenntnisstoff gebunden und dieser Stoff wird hier dem Gerichte nur durch den Prozeß und wird ihm von den Parteien dargeboten. Unmittelbar auf Grund seines privaten Rechtsverhältnisses kann der Kläger einen Anspruch gegen den Staat, als Träger der Gerichtsbarkeit, nicht haben, weil an diesem Rechtsverhältnis als einem privatrechtlichen der Staat nicht beteiligt ist, nicht beteiligt sein kann, und weil die Wirkungen des Urteils, auf die es dem Kläger um seiner privatrechtlichen Stellung willen ankömmt, in die Interessen des Staates, wie er durch das Gericht repräsentiert ist, nicht eingreifen. Gewiß kann man, wenn es überhaupt Rechte gegen den Staat gibt (was hier nicht bestritten werden soll), speziell auch von einem Recht des einzelnen auf Gewährung des Rechtsschutzes reden. Aber da entsteht denn sofort die Frage: wie wird er gewährt, wie kann und soll er gewährt werden? Und im Wege eines Rechtsstreites kann und soll er, weil das Recht des Klägers von vornherein ungewiß ist, nicht anders gewährt werden, als so, daß das Gericht nach den Regeln der Prozeßordnung die Sache prüft und dieser Prüfung gemäß entscheidet. Daß diese Entscheidung unrichtig ausfallen kann, das kann nicht bloß in der Fehlbarkeit des Gerichtes seinen Grund haben, sondern auch in der Unvollkommenheit des — von den Parteien selbst gelieferten — Prozeßstoffes. Daß aber auch das unrichtige Urteil binde, „Recht mache", verlangt der praktische Zweck des Prozesses. Gerade für die prozessualische Methode der Betrachtung erscheint als wesentlich die Vorstellung, daß die Klage unbegründet, der Prozeßstoff unvollkommen, die Entscheidung unrichtig sein kann. Gerade nun aber dieser Anspruch auf ein gerechtes, dem Prozeßrecht wie dem materiellen Recht gemäßes Urteil spielt, wo es sich um die Wirkungen des Urteils, um die Befugnis des Klägers handelt, eine Verurteilung des Beklagten, eine ihm nachteilige Feststellung herbeizuführen, keine selbständige, sondern nur eine vermittelnde Rolle. Denn der Rechtsstaat kann überhaupt nichts anderes als das Rechte wollen. Nicht das fragt sich das Gericht und hat es sich zu fragen, ob es selbst zu der verlangten Verurteilung oder Feststellung verpflichtet oder berechtigt sei, sondern ob der Kläger berechtigt sei, die verlangte Verurteilung oder Feststellung zu „erwirken"; hält es ihn für berechtigt, so verhilft es ihm dazu, indem es die Verurteilung oder Feststellung ausspricht; hält es ihn nicht für berechtigt, so versagt es seine Mitwirkung, indem es die Klage abweist. Dazu ist es verpflichtet; das ist selbstverständlich und kein Gegenstand der Erwägung; aber man kann nicht sagen, daß das Gericht verpflichtet sei, den Kläger für berechtigt zu halten, weil er berechtigt sei, und darauf kommt es hinaus, wenn man dem Kläger einen Anspruch gegen das Gericht zuschreibt auf ein ihm günstiges Urteil; verpflichtet ist das Gericht nur zu urteilen nach dem Ergebnisse des Verfahrens.

---

[8]) Übersicht bei Langheineken, Urteilsanspruch, besonders S. 11 ff.; ferner bei Hellwig, Anspruch § 22 (auch Lehrbuch § 22, besonders S. 146 N. 10) und bei Bülow, Z. Bd. 31 S. 191 ff.

Die Klage richtet sich ja auch nicht gegen das Gericht, wie es sein müßte, wenn sie einen Anspruch gegen dieses geltend machte, und durch eine unrichtige Entscheidung wird nicht ein Recht des Klägers gegen das Gericht auf die ihm günstige Entscheidung verletzt: auch die Rechtsmittel des Klägers sind, ebenso wie die Klage, nicht gegen das Gericht, sondern gegen den Beklagten gerichtet.

So ist ja auch bei einer Zwangsvollstreckung — wenn z. B. der Gerichtsvollzieher dem Schuldner Geld wegnimmt, um es dem Gläubiger einzuhändigen — die Kardinalfrage nicht die, ob der Gerichtsvollzieher zur Wegnahme des Geldes verpflichtet sei, sondern ob der Gläubiger das Recht dazu habe, dem Schuldner das Geld — durch den Gerichtsvollzieher — wegnehmen zu lassen.

So ist auch der Anspruch auf eine Hypothek nicht darum ein Anspruch gegen den Staat, weil es zur Eintragung der Hypothek der Mitwirkung einer staatlichen Behörde bedarf.

Gibt man zu, daß die Befugnis des Klägers, einen materiellen Rechtserfolg, z. B. die Aufhebung einer Gütergemeinschaft herbeizuführen, ein Recht gegen den Beklagten ist und bleibt, auch wenn der Rechtserfolg durch gerichtliches Urteil herbeigeführt wird, ja wenn er (wie z. B. eine Ehescheidung) nur durch gerichtliches Urteil herbeigeführt werden kann, so muß notwendig auch ein Recht des Klägers gegen den Beklagten auf Herbeiführung der Urteilswirkungen, also ein Recht gegen den Beklagten auf Verurteilung und Feststellung angenommen werden, man müßte denn gerade bestreiten, daß Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft überhaupt selbständige Rechtswirkungen seien. Und mit dieser Auffassung stimmt auch das Allgemeinbewußtsein überein, wie es sich am sichersten im Sprachgebrauche ausprägt; es stimmt damit überein, wenn man von der „Erwirkung" eines Arrestes, einer Verurteilung redet.

So kann man also sagen, daß der unmittelbare, der nächste Gegenstand des Rechtsstreites und der Entscheidung die Klagbefugnis des Klägers sei, die Frage, ob er berechtigt sei, die beantragte Verurteilung oder Feststellung zu erwirken; in dieser Hinsicht besteht also zwischen der Leistungsklage und der Feststellungsklage kein Unterschied; der Unterschied ist nur der, daß sich die Feststellungsklage auf die bloße Feststellung beschränkt.

Wie die Beziehung der Klagbefugnis zu dem geltend gemachten Rechte zu denken sei, ob als selbständige mit dem Recht verknüpfte Befugnis, ob in ihm enthalten, ist eine für die prozessuale Betrachtung gleichgültige Frage.

Früher[9]) habe ich von einem Anspruche, die Zwangsvollstreckung, einem Anspruch, die Verurteilung, Feststellung zu erdulden, gesprochen; es empfiehlt sich indessen, im Einklang mit dem BGB., den Begriff des Anspruches auf das Recht, eine Handlung oder Unterlassung zu fordern, zu beschränken.[10]) Übrigens redet jetzt die ZPO. selbst von

---

[9]) Hauptintervention, besonders §§ 12, 20.

[10]) Für logisch denkbar halte ich allerdings den Begriff nach wie vor — wenn man sich eben den Anspruch denkt als gerichtet auf einen Erfolg, den der Anspruchsverpflichtete bewirken oder aber erdulden soll. — Es muß allerdings gesagt werden: die Begriffe des Vollstreckungsanspruchs und des Klaganspruchs, wie sie in meiner zitierten 1884 erschienenen Schrift aufgestellt sind, haben unmittelbare Anerkennung nicht gefunden, doch aber insofern anregend gewirkt, als sich mit ihnen der von Wach — Handbuch (1885), Feststellungsklage (1888) — entwickelte Begriff des Rechtsschutzanspruches in wesentlichen Momenten berührt. Ein hervorragender Anhänger des Rechtsschutzanspruches, Schmidt (Lehrbuch S. 21), findet sogar, daß sich meine Anschauung von der Wachs nur darin unterscheide, daß nach der meinen der wesentliche Inhalt des Klaganspruchs wie des Vollstreckungsanspruchs „in dem Dulden der gerichtlichen Eingriffe seitens des Bürgers" bestehe, nach der Anschauung Wachs aber der wesentliche Inhalt dieser Ansprüche „in der Rechtsschutzhandlung des Gerichts" zu erblicken und „das Dulden derselben seitens des Bürgers als die selbstverständliche Konsequenz" zu betrachten sei; logisch seien beide Auffassungen zu rechtfertigen, und es

einer Verurteilung des Nießbrauchers, des Ehemannes, des Ehegatten, des Testamentsvollstreckers zur Duldung der Zwangsvollstreckung, §§ 737, 739, 743, 748. Auch dabei handelt es sich um nichts anderes, als um die Befugnis des Klägers, die Vollstreckbarkeit seines Anspruches zu erwirken, — nicht nur gegen den Leistungspflichtigen, sondern auch gegen den dritten, in dessen Rechtssphäre die Zwangsvollstreckung eingreift.[11])

III. Wie es (positive) Klagbarkeitsvoraussetzungen gibt, so gibt es auch Einwendungen, die sich nur gegen die Klagbarkeit, nicht gegen den Leistungsanspruch richten; davon wird in anderem Zusammenhang (in Lehre von der Urteilsgrundlage)[12]) die Rede sein.

IV. Die Begriffe der Klagbefugnis und der Klagbarkeitsvoraussetzungen gehören weder ausschließlich dem Zivilprozeßrechte, noch ausschließlich dem materiellen Zivilrechte an, liegen vielmehr auf der Grenze beider.

---

komme nur darauf an, welche Denkform die anschaulichere sei; das sei für die Wachsche Vorstellungsweise zu behaupten, müsse aber erst noch durch die Erfahrung erprobt werden. — Weit bedeutender wäre aber die Differenz, wenn dem Rechtsschutzanspruch die Richtung gegen den Gegner überhaupt abzusprechen wäre, wie dies Stein tut (so namentlich in seiner mehrfach zitierten Abhandlung „Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes") und wie es wohl auch logisch konsequent ist.

[11]) Was Bülow in seiner (während des Druckes des vorliegenden Paragraphen erschienenen) Abhandlung Z. Bd. 31 S. 191 ff. gegen den Rechtsschutzanspruch geltend macht, trifft nicht den hier aufgestellten Begriff der Klagbefugnis.

1. Sie ist gedacht als individuelle, mit der privatrechtlichen Stellung des Klägers verknüpfte Befugnis.

2. Sie bezieht sich nicht auf das Urteil, sondern auf seine Wirkungen; beides aber ist verschieden.

3. Daß sie als dem Prozeß gegenüber selbständig gedacht werden kann, folgt daraus, daß das Recht auf die Urteilswirkungen sogar außerhalb des Prozesses realisiert werden kann, sofern nämlich, nach geltendem Recht, die an das Urteil geknüpften Wirkungen sich auch mit einem außerprozessualen Akte verbinden können. Dafür ist vor allem instruktiv die Vorschrift des § 794 Nr. 5 Abs. 2 ZPO.: „Soweit nach den Vorschriften der §§ 737, 739, 743 u. s. w. die Verurteilung eines Beteiligten zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, wird sie dadurch ersetzt, daß der Beteiligte in einer nach Abs. 1 Nr. 5 aufgenommenen Urkunde die sofortige Zwangsvollstreckung in die seinem Rechte unterworfenen Gegenstände bewilligt." Das Recht des Klägers auf die mit dem Urteil verknüpfte Vollstreckbarkeit findet hier ganz unabhängig von einem Rechtsstreit seine Verwirklichung.

4. Es handelt sich um eine Verschiedenheit der Gesichtspunkte, die zu einer Verschiedenheit der Fragestellung führt. Vom rein prozessualen Standpunkte aus betrachten wir den Klaganspruch von vornherein als ungewiß. Es muß aber auch eine Betrachtung möglich sein, bei der man die rein privatrechtliche Beziehung der Parteien als gegeben voraussetzt und nun fragt: was gehört des weiteren dazu, daß der Kläger berechtigt sei, für seinen Anspruch die Urteilswirkungen zu verlangen und herbeizuführen. Bei der Zwangsvollstreckung können wir zweifellos fragen, ob sie auch materiell gerechtfertigt sei; wir tun es sogar noch, wenn sie bereits erfolgt ist (bei bloß vorläufiger Vollstreckbarkeit); sollte die analoge Frage nicht auch mit Bezug auf das Urteil (in Hinsicht auf seine Wirkungen) möglich sein? Freilich, daß sie nach dem Urteil nicht mehr aufgeworfen werden kann, folgt gerade aus seiner materiellen Rechtskraft.

Ich betone aber, daß die unter diesem letzteren Gesichtspunkt gebildeten Begriffe nach meiner eigenen Überzeugung wohl einem System der Klagrechte, nicht aber einem Prozeßsystem zur Grundlage dienen können.

5. Die Verbindung prozeßrechtlicher und materiellrechtlicher Betrachtungsweise hat nichts Befremdliches; denn wenn wir uns ein privates Recht als ein vom Staate zu schützendes vorstellen, verbinden wir damit von vornherein schon ein publizistisches Element.

[12]) S. unten § 34 VII.

Einige Konsequenzen dieser Anschauung, die an sich in den verschiedensten Zusammenhängen zu berühren sind, mögen im folgenden zusammengestellt werden.

1. Die Klagbarkeit eines Anspruches hängt nicht immer von dem inländischen und nicht immer von dem jetzt geltenden Rechte ab; weder die prozessualen noch die materiellrechtlichen Regeln sind in dieser Hinsicht unbedingt maßgebend. Vgl. oben § 9 VI.[13])

2. Die Landesgesetzgebung kann für die ihr überlassenen Rechtsverhältnisse auch die Voraussetzungen der Klagbarkeit selbständig festsetzen. Sie kann z. B. bestimmen, daß aus einem solchen Rechtsverhältnisse auf Verurteilung zu künftiger Leistung auch unter anderen Voraussetzungen als den in §§ 257—259 bezeichneten geklagt werden oder überhaupt nicht geklagt werden könne. Ob ein Bedürfnis dafür bestehe, hängt gerade von der Art des fraglichen Rechtsverhältnisses ab.

3. Die Klagbarkeitsvoraussetzungen gehören nicht zum Klaggrund. Daher ist es keine Änderung des Klaggrundes, wenn im Laufe des Rechtsstreites Feststellungsklage, Leistungsklage, Klage auf gegenwärtige, auf künftige Leistung miteinander vertauscht werden. Vgl. ZPO. § 268 Nr. 2. Im Urkundenprozeß brauchen die Klagbarkeitsvoraussetzungen (vgl. z. B. ZPO. § 259) nicht notwendig mit Urkunden (ZPO. § 592), sondern können auch durch Eideszuschiebung (§ 595[2]) bewiesen werden.

4. Die Klagbarkeitsvoraussetzungen sind verschieden von den prozessualen Voraussetzungen der Klage. Es ist grundsätzlich gleichgültig, ob sie zur Zeit der Klagerhebung,[14]) es kommt nur darauf an, ob sie zur Zeit der mündlichen Verhandlung gegeben sind, auf welche das Urteil ergeht. — Fehlt es an einer Klagbarkeitsvoraussetzung, so kann doch die Klage als unbegründet abgewiesen werden; wenn nämlich klar ist, daß der Anspruch (auf künftige Leistung), das festzustellende Rechtsverhältnis überhaupt nicht begründet ist. — Eine Feststellungsklage kann in Leistungsklage umgewandelt werden auch dann, wenn sie wegen Mangels des rechtlichen Interesses hätte abgewiesen werden müssen.

5. Klagbarkeitsvoraussetzungen (und ebenso Klagbarkeitseinreden) sind grundsätzlich nicht von Amts wegen zu prüfen.[15])

6. Die Verhandlung über die Klagbarkeitsvoraussetzung ist keine Verhandlung über rein prozessuale Fragen, sondern Verhandlung zur Hauptsache (im Sinne der §§ 76, 271, 274).

7. Auf die Klagbarkeitsvoraussetzungen ist (weil sie keine rein prozessualen sind) ZPO. § 295 nicht anwendbar.

§ 21.

Der Klagantrag.

I. Der Klagantrag[1]) („Sachbitte", „Urteilsbitte") bezeichnet das Urteil, das der Kläger begehrt; er geht auf Verurteilung (oder auf den gerichtlichen Ausspruch, durch welchen der beabsichtigte Rechtserfolg

---

[13]) Über diese Fragen Hellwig § 25, Stein, Voraussetzungen § 3. Die Verschiedenheit der Begriffe (vgl. oben N. 3) erschwert die Verständigung.

[14]) Die prozessualen Klagvoraussetzungen brauchen hingegen nur zur Zeit der Klagerhebung vorhanden zu sein; ihr späterer Wegfall beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit der Klage; s. bes. ZPO. § 263 Nr. 2.

[15]) Es sei gleich hier hervorgehoben: durch die Einwilligung der Parteien können allerdings die Klagbarkeitsvoraussetzungen nicht ersetzt werden; aber die Tatsachen, auf die sie sich gründen, sind nicht von Amts wegen zu untersuchen, und das ist das Wesentliche.

[1]) S. oben § 18 N. 1.

hergestellt werden soll, z. B. darauf, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft ausgesprochen werde) oder er geht auf Feststellung.

Der Antrag auf Verurteilung schließt von selbst den Antrag auf Feststellung ein, da der Entscheidung über den mit der Klage geltend gemachten Anspruch von selbst materielle Rechtskraft zukommt. Ein Antrag auf Feststellung, neben dem Antrag auf Verurteilung, ist nur notwendig, wenn eine über den Anspruch hinausgehende Feststellung begehrt wird, die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, durch welches der Anspruch bedingt ist; z. B.: Feststellung des Eigentums, wenn der Anspruch auf Herausgabe der Sache erhoben ist. Es ist das eine Verbindung von Leistungs- und Feststellungsklage. Das rechtliche Interesse an der Feststellung eines dinglichen Rechtes ist ohne weiteres gegeben, wenn das Recht zugleich verletzt und bestritten ist. Nach gemeinem Recht gingen die Klagen aus dinglichen Rechten alle zugleich auf „Anerkennung des Rechtes". Vgl. dazu unten §§ 61 f. die Lehre von der Rechtskraft des Urteils.

II. Der Antrag begrenzt das Urteil (ZPO. § 308) und muß darum ein bestimmter sein.

Insbesondere genügt nicht ein Antrag auf „Verurteilung zum Schadenersatz" (vorbehaltlich späterer Liquidation), wie ihn die frühere Praxis zuließ. Zulässig ist selbstverständlich eine Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadenersatz.[2]) Das rechtliche Interesse an der Feststellung kann namentlich darin begründet sein, daß der Schaden noch nicht abgeschlossen ist.

Ist eine alternative Forderung geltend gemacht, so kann selbstverständlich auch ein entsprechender alternativer Antrag gestellt werden.[3])

Von dem Erfordernis der Bestimmtheit macht ZPO. § 254 eine Ausnahme.[4])

Wenn nämlich verbunden mit einer Klage auf Rechnungslegung oder Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder Leistung eines Offenbarungseides (vgl. insbesondere BGB. §§ 259, 260, 1890 ff., 2027, 2028) gleich auch der Anspruch auf Herausgabe dessen geltend gemacht wird, was der Beklagte aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet, so kann die bestimmte Angabe der beanspruchten Leistungen vorbehalten werden bis dahin, daß die Rechnung mitgeteilt, das Vermögensverzeichnis vorgelegt, der Offenbarungseid geleistet ist.

In gewissen Fällen kann mit dem Klagantrag ein Antrag verbunden werden, der dazu dient, die künftige Ausübung eines Rechtes vorzubereiten; der Antrag nämlich, daß gleich im Urteil die angemessene Frist bestimmt werde, nach deren Ablauf der Kläger, wenn sein Anspruch nicht erfüllt sein sollte, dafür ein anderes Recht geltend machen kann. ZPO. § 255.[5])

Die Fälle sind im einzelnen folgende:

1. Der Gläubiger kann dem Schuldner zur Erfüllung eine angemessene Frist bestimmen und nach deren Ablauf Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder die Aufhebung des Vertrages herbeiführen; z. B. BGB. §§ 283, 325[2], 326, 634.

---

[2]) ERG. Bd. 21 Nr. 75. Vgl. oben § 18 N. 13.

[3]) „Nach Wahl des Gläubigers" — „nach Wahl des Schuldners". Der Gläubiger braucht sein Wahlrecht erst bei Beginn der Zwangsvollstreckung auszuüben. Hinsichtlich des Wahlrechts des Schuldners s. BGB. § 264.

[4]) Hellwig, Anspruch § 8 II.

[5]) Hellwig, Anspruch § 15 S. 113 ff.

2. Der Kläger kann die Anordnung einer Verwaltung verlangen, wenn nicht vor Ablauf einer von ihm bestimmten Frist der Beklagte die beanspruchte Sicherheit leistet; BGB. §§ 1052 (Nießbraucher), 2128[2] (Vorerbe).

3. Der Kläger kann dem letztwillig mit einer Auflage Beschwerten eine Frist setzen zu der ihm überlassenen Bestimmung des Leistungsempfängers und, wenn sie nicht erfolgt, selbst die Bestimmung treffen, BGB. § 2193.

---

2. Kapitel.

Die Parteien des Rechtsstreites.

§ 22.

Begriff der Partei.[1])

I. Die Parteien des Rechtsstreites sind die Personen, unter denen, nach dem Inhalt der Klage, das beantragte Urteil unmittelbar wirksam werden soll.[2])

1. Kläger ist derjenige, in dessen Namen und unmittelbarem Interesse das Urteil begehrt wird, Beklagter derjenige, gegen den es begehrt wird, gegen den es unmittelbar wirksam werden soll.

Die Parteien müssen also allerdings an dem Rechtsverhältnis, auf das sich die Klage bezieht, in irgendwelchem Sinne interessiert sein, sie müssen aber durchaus nicht die Subjekte dieses Rechtsverhältnisses sein. Das lehrt schon der Fall, daß ein Forderungsprätendent gegen den anderen auf Feststellung seines Forderungsrechtes klagt.

2.[3]) Macht jemand das Recht eines anderen geltend, aber nicht als sein Vertreter, sondern im eigenen Namen kraft eigener Befugnis (z. B.

---

[1]) Wach § 30. Planck § 42. Schmidt § 30. Hellwig §§ 48 ff.

[2]) Diese Definition hängt mit dem oben § 20 entwickelten Begriffe der Klagbefugnis zusammen.

[3]) Der Begriff der Partei ist zweifellos ein prozessualer. Seine Anwendung im einzelnen aber ist von rein materiellrechtlichen Fragen abhängig, deren Erörterung, nach meiner Auffassung, über den Rahmen eines Lehrbuchs des Prozeßrechtes hinausgeht; hier sind nur die maßgebenden prozessualen Gesichtspunkte hervorzuheben.

Literaturnachweise geben die Kommentare in den Vorbemerkungen zu ZPO. § 50 (vgl. auch zu § 53[3]) (so besonders Petersen-Anger, Gaupp-Stein); zu vergleichen sind ferner die in N. 4 zitierten Abhandlungen und besonders noch Hellwig, Anspruch, II. Buch Kap. 2 (§§ 127 ff.); ausführlich auch derselbe, Lehrbuch §§ 43—56.

Hellwig unterscheidet Prozeßführungsrecht (d. i. das Recht, mit Wirksamkeit gegenüber einem dritten einen Prozeß zu führen, in dem Sinne, daß die Entscheidung des Prozesses auch dem dritten gegenüber wirksam wird) und Prozeßführungsmacht (d. i. die Macht, ohne Recht, einen Prozeß mit Wirksamkeit gegenüber einem — eigentlich zur Prozeßführung berechtigten — dritten zu führen.

Als Prozeßstandschaft bezeichnet Kohler die Befugnis, „Prozesse zu führen mit Einwirkung auf einen dritten", so daß das Urteil auch den dritten bindet (so in der Abhandlung „Recht und Prozeß" § 14 in Grünhut Bd. 14) und sonst vielfach; vgl. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß [1894], Register unter „Prozeßstandschaft").

Zu vergleichen unten § 61 b (über den subjektiven Umfang der materiellen Rechtskraft).

kraft Nießbrauches oder Pfandrechtes an einer Forderung oder kraft des ehemännlichen Verwaltungsrechtes), so ist er selbst, nicht der andere, Partei.

Wenn aber eine Person überhaupt keine eigenen, sondern ausschließlich fremde Interessen vertritt, so ist nicht sie Partei, sollte sie auch von den Interessenten unabhängig sein und sollte ihr auch die Vertretung kraft öffentlichen Amtes zustehen. Das gilt namentlich vom Zwangsverwalter, Konkursverwalter, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, den Pflegern aller Art (auch dem des § 1914 BGB.). Nach anderer Auffassung gibt es auch Parteien ohne eigenes Interesse; als solche werden namentlich der Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker angesehen. Vgl. dazu unten § 23 II 3.

Wenn eine Behörde im öffentlichen Interesse auf Vollziehung einer Auflage (§ 525 und § 2194 BGB.) Klage erhebt, so ist der Staat die Partei oder die öffentliche Korporation, deren Organ die Behörde ist.

II. Der Begriff der Partei ist in der neueren Theorie sehr bestritten;[4]) der Definitionen gibt es zahlreiche: die Parteien seien die Subjekte des im Prozeß befangenen Rechtsverhältnisses; sie seien diejenigen, welche den Anspruch geltend machen und gegen welche er geltend gemacht wird (rem in iudicium deducens, is, contra quem res in iudicium deducitur); sie seien die Subjekte, für deren Rechnung und Gefahr der Prozeß geführt, in deren Namen und gegen die der Rechtsschutz begehrt wird; sie seien die an dem Erfolg des Prozesses selbständig interessierten Personen u. s. w.

III. Die Frage, wer Partei ist, wird nach den verschiedensten Richtungen hin von Bedeutung; insbesondere: das Urteil wirkt unter den Parteien, ZPO. § 325, unter ihnen tritt die Rechtshängigkeit ein, ZPO. § 263, nicht unter ihren Vertretern; die Partei hat, wenn sie unterliegt, die Prozeßkosten zu tragen, ZPO. § 91 ff.; s. ferner ZPO. §§ 41, 49, 406, GVG. § 156 Nr. 1 (gesetzliche Ausschließung vom Richter-, Gerichtschreiber-, Gerichtsvollzieheramte, Ablehnung eines Sachverständigen). ZPO. §§ 383, 408 (Recht eines Zeugen oder Sachverständigen, das Zeugnis oder Gutachten zu verweigern), §§ 393 Nr. 3, 402 (unbeeidigte Vernehmung); nur der Partei oder ihrem gesetzlichen Vertreter kann ein Eid zugeschoben werden, §§ 445 ff., sie können nicht Zeugen sein; die Editionspflicht der Partei als solcher trifft nicht den Vertreter, der die Urkunde nur in eigenem Namen besitzt, § 423; als Nebenintervenient, § 66, kann nur eine Person auftreten, die nicht Partei ist; nur ein Anspruch der Partei selbst kann durch Widerklage geltend gemacht werden, § 33 u. s. w.

III. In der Klage (vgl. oben § 17 II) müssen die Parteien genau bezeichnet sein (§ 253[2] Nr. 1), so genau, daß keine Verwechslung möglich ist.[5])

Ein Kaufmann kann als solcher unter seiner Firma klagen und verklagt werden, HGB. § 17; Partei ist dann (nicht die Firma, sondern) der Inhaber der Firma. Das wird von Bedeutung namentlich im Fall einer Rechtsnachfolge.

IV. Ein Wechsel in der Person der Parteien kann im Laufe des Rechtsstreites durch Rechtsnachfolge eintreten (ZPO. §§ 239, 265, 266) oder zufolge besonderer Verhältnisse, die den ursprünglich Beklagten be-

---

[4]) Es beschäftigt sich damit eine Reihe von Abhandlungen, namentlich: Stegemann, Z. Bd. 17 S. 326 ff. Petersen, Z. Bd. 18 S. 1 ff. Oetker, Jurist. Literaturblatt Bd. 2 S. 188 ff. (auch: Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1 S. 316 ff.). Bunsen, Z. 26 S. 197 ff. Schott, Das Armenrecht der ZPO. Mit einem Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff (1900).

[5]) Weißäcker, Z. Bd. 27 S. 20 ff.

rechtigen, die Prozeßführung einem anderen Interessenten zu überlassen (so nach ZPO. §§ 75—77); davon ist in anderem Zusammenhang zu reden.[6])

V. Einer Partei kann ein dritter, der an ihrem Siege ein rechtliches Interesse hat, als Nebenintervenient zur Seite treten, um sie, selbst auch mit Parteibefugnissen ausgerüstet, in ihrer Prozeßführung zu unterstützen (§ 66). Danach unterscheidet man Haupt- und Nebenparteien. (Vgl. unten § 111.)

§ 23.

Parteifähigkeit.[1])

I. Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Partei eines zivilprozessualen Verfahrens (also in einem Rechtsstreit: Kläger, Beklagter, Nebenintervenient) zu sein. Eine für einen Parteiunfähigen oder gegen einen Parteiunfähigen erhobene Klage ist prozessualisch unwirksam, ist als unstatthaft abzuweisen.[2])

II. Die Parteifähigkeit beruht auf der Rechtsfähigkeit; denn wer keine Rechte haben kann, für und gegen den kann auch kein Urteil wirksam werden. „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist." ZPO. § 50[1.][3])

1. Der einzelne Mensch ist also parteifähig von der Vollendung der Geburt bis zu seinem Tode, BGB. § 1.

Die gegen einen Toten gerichtete Klage ist daher unwirksam;[4]) die Klage muß gegen seine Erben erhoben werden.

Als Rechtssubjekt, also parteifähig, wird von anderen auch die Leibesfrucht angesehen; vgl. unten Nr. 3.

2. Juristische Personen sind parteifähig im Umfang ihrer Rechtsfähigkeit.

Ihre Entstehung und Endigung bestimmt sich teils nach reichsrechtlichen, teils nach landesrechtlichen Normen. Juristische Persönlichkeit hat insbesondere der Reichsfiskus wie der Landesfiskus. S. ferner z. B. BGB. §§ 21, 22, 80, HGB. § 210.

3. Es gibt aber auch Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die, mögen sie auch nicht juristische Personen sein, doch in den für den Prozeß maßgebenden Beziehungen solchen gleich behandelt werden, daher auch, wie solche, klagen und verklagt werden können. (Vgl. ZPO. §§ 17, 171.) Die allgemeine Voraussetzung dafür ist eine organisierte Vertretung und ein Vermögen, das, von anderem Vermögen der Beteiligten streng abgesondert, bestimmten Interessen ausschließlich gewidmet ist.

Dieser Art ist die offene Handelsgesellschaft; sie kann als solche unter ihrer Firma klagen und verklagt werden; und ein gegen sie ergangenes Urteil ist nicht unmittelbar

---

[6]) S. unten §§ 88, 91, 113.

[1]) Komment. zu ZPO. § 50. Wach § 30. Planck § 43. Schmidt § 30. Hellwig (auch Änderungen).

[2]) S. unten § 89.

[3]) Das oben in § 22 N. 3 Abs. 1 Gesagte ist hier entsprechend zu wiederholen.

[4]) Weizsäcker, Z. Bd. 27 S. 80 ff.

gegen die einzelnen Gesellschaften wirksam; HGB. §§ 124, 125, 129[4], ZPO. § 736. Ebenso die Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, HGB. §§ 161, 320, die Gesamtheit der Gläubiger aus Schuldverschreibungen (RGes. vom 4. Dezember 1899, § 14).

Parteifähig in diesem Sinne ist die Konkursmasse, vertreten durch den Konkursverwalter, die Zwangsverwaltungsmasse, vertreten durch den Zwangsverwalter (KO. § 6, Zwangsversteigerungsgesetz § 152), der Nachlaß, vertreten durch einen Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker (BGB. §§ 1960, 1975, 2205, 2208, 2213), die Rechte der Leibesfrucht, das durch öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebrachte Vermögen, vertreten durch einen Pfleger (BGB. §§ 1912—1914). In allen diesen Fällen gilt für den Prozeß die bestimmt abgegrenzte Vermögensmasse einer juristischen Person, einer Stiftung gleich, und haben die zur Prozeßführung für sie berufenen Personen die Stellung „gesetzlicher Vertreter".

In Wahrheit handelt es sich hier allerdings um Vertretung einer Vielheit von Interessenten oder Vertretung von unbestimmten Interessenten mit Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Vermögensrechten, und es ist nur ein kurzer Ausdruck dafür, wenn man das Vermögen selbst als vertreten bezeichnet.

In der Literatur sind so ziemlich alle nur denkbaren Auffassungen vertreten; z. B.: der Konkursverwalter sei selbst Partei — Vertreter des Gemeinschuldners — der Gläubigerschaft — der Konkursmasse; der Testamentsvollstrecker sei selbst Partei — Vertreter des Erblassers — des Erben — des Nachlasses.[5])

III. Eigentümlich ist die Stellung von Vereinen geordnet, die nicht rechtsfähig sind (ZPO. § 50[2]); sie haben beschränkte Parteifähigkeit: sie können nicht klagen, aber verklagt werden, und da sie dann in dem Rechtsstreit ganz die Stellung eines rechtsfähigen Vereines haben, so können sie doch auch alle Klagen erheben, die, in Zusammenhang mit dem Rechtsstreit, ein Beklagter, vermöge dieser seiner Stellung, erheben kann (so namentlich Widerklage, insbesondere auch Inzidentfeststellungswiderklage, ZPO. §§ 33, 280).

In der gemeinrechtlichen Praxis wurden „die erlaubten Privatvereine" als parteifähig behandelt. Die ZPO. will ihnen nur die beschränkte Parteifähigkeit einräumen, um sie indirekt zu nötigen, die juristische Persönlichkeit zu erwerben. Es ist die Meinung vertreten, daß dieser Wille im Gesetz nicht genügend ausgedrückt, ja nicht ausführbar sei.[6])

IV. Die Parteifähigkeit eines Ausländers ist nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen, dem er angehört.[7]) (Nach Analogie des Art. 17 E.BGB.) Über die Rechtsfähigkeit ausländischer Vereine s. Art. 10 E.BGB.

---

[5]) Statt aller Literaturangaben im einzelnen darf verwiesen werden auf die eingehenden Erörterungen Hellwigs, Anspruch §§ 31—40, Lehrbuch §§ 43—47.

[6]) S. besonders Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (Berliner Festgabe für Dernburg, 1900) 2. Aufl. Hellwig, Anspruch § 41, Lehrbuch § 45.

[7]) Vgl. auch ERG. Bd. 32 Nr. 46.

§ 24.[1])

Prozeßfähigkeit. Gesetzliche Vertretung.[2])

I. Wie die Parteifähigkeit der Rechtsfähigkeit entspricht, so entspricht der Geschäftsfähigkeit die Prozeßfähigkeit. Prozeßfähigkeit ist die Willensfähigkeit auf dem Gebiete des Zivilprozesses, die Fähigkeit zu einem selbständigen, für die Prozeßführung maßgebenden Wollen.

Also die Fähigkeit, den Prozeß selbst zu führen oder durch einen Bevollmächtigten führen zu lassen. Wenn man definiert: „Prozeßfähigkeit sei die Fähigkeit, selbständig prozessuale Handlungen mit Wirksamkeit vorzunehmen", so ist das nicht genau. Soweit Anwaltszwang besteht, kann die Partei nicht selbst handeln, ist aber darum nicht prozeßunfähig.

Die ZPO. gebraucht als gleichbedeutend den Ausdruck: „Fähigkeit vor Gericht zu stehen" (§ 51) — Übersetzung der „legitima persona standi in iudicio" Cod. lib. 3 tit. 6.

„Eine Partei ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann." ZPO. § 52[1].

Selbstverständlich geht diese Bestimmung nicht bloß auf Klagen aus Verträgen. Der genauere Sinn ist: eine Partei ist insoweit prozeßfähig, als sie über diejenigen Rechtsverhältnisse, welche durch das in der Klage beantragte Urteil betroffen werden sollen, selbständig durch Rechtsgeschäft verfügen kann; denn ist auch die Prozeßführung ihrer Idee nach keine Verfügung, so kann sie doch im Endeffekt gleich einer Verfügung wirken, sofern sie zu einer unrichtigen Entscheidung führt.

II. Diese Fähigkeit nun aber bestimmt sich nach bürgerlichem Recht, soweit nicht die ZPO. Abweichendes bestimmt. ZPO. § 51.

1. Der einzelne Mensch ist hienach prozeßunfähig, wenn er geschäftsunfähig, aber auch wenn er nur beschränkt geschäftsfähig ist.[3]) Wenn aber die in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Person durch besondere Ermächtigung für einen gewissen Kreis von Geschäften geschäftsfähig geworden ist (Erwerbsgeschäft, Dienst- oder Arbeitsverhältnis, BGB. §§ 112 bis 114), so ist sie auch für alle Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig, die auf diesen Geschäftskreis Bezug haben.

Nicht bloß für Rechtsstreitigkeiten, die Ansprüche aus Rechtsgeschäften zum Gegenstande haben.

Besondere Bestimmungen für den Eheprozeß s. ZPO. § 612, für den Vaterschaftsprozeß ZPO. § 641. Vgl. unten §§ 118 ff.

2. Prozeßunfähig sind juristische Personen und nicht minder Personenvereinigungen und Vermögensmassen, die als solche klagen und verklagt werden können.

---

[1]) Die in diesem Paragraphen behandelten Materien sind des weiteren noch in späterem Zusammenhang zu erörtern, so in der Lehre von den Prozeßhandlungen, von den prozessualen Klagvoraussetzungen; vgl. namentlich unten §§ 77, 89.

[2]) Komment. Vorbemerk. vor ZPO. § 50 und zu §§ 51 ff. Wach §§ 47—51. Schmidt § 30 IV, § 59 (auch in den „Änderungen"). Planck §§ 44—46. Bunsen, Z. Bd. 26 S. 281 ff.

[3]) BGB. §§ 104 ff. vgl. §§ 2—6.

Streitig ist, ob juristische Personen oder parteifähige Personenvereine im eigentlichen Sinne willensunfähig seien.[4]) Jedenfalls werden sie *im Prozeß* prozeßunfähigen Parteien *gleich* behandelt.

3. Die Prozeßfähigkeit einer Frau wird dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt. ZPO. § 53.

Aber von der Verfügungsfähigkeit der Ehefrau ist ihre Verfügungs*befugnis* zu unterscheiden. Rechte, die zum eingebrachten Gute gehören, kann beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung die Ehefrau der Regel nach (BGB. § 1400[2], die Ausnahmen s. §§ 1401, 1405, 1407) im Wege der *Klage* nur mit Zustimmung des Mannes geltend machen; klagt sie ohne seine Zustimmung, so mangelt ihr die Aktivlegitimation und die Klage ist — nicht als prozessualisch unstatthaft, sondern — als unbegründet abzuweisen. Ist aber, ungeachtet der mangelnden Zustimmung des Mannes, über den von der Frau erhobenen Anspruch entschieden, so ist doch das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes unwirksam, BGB. § 1400[1]. (Hinsichtlich der Prozeßkosten s. aber BGB. § 1412[2].)

Das gilt entsprechend auch für das eingebrachte Gut bei Errungenschafts- und bei Fahrnisgemeinschaft (BGB. §§ 1525, 1550).

4. Die Prozeßfähigkeit des *Ausländers* ist wie ihre Geschäftsfähigkeit (E.BGB. Art. 7) nach den Gesetzen des Staates zu beurteilen, dem er angehört. (Vgl. jedoch Art. 8.) Von diesem Satze macht aber ZPO. § 55 im Interesse der Sicherheit des Prozeßverkehrs die folgende Ausnahme: Der Ausländer gilt jedenfalls als prozeßfähig, wenn er es nach dem Rechte des Prozeßgerichtes ist, sollte er auch nach dem Rechte seines Staates nicht prozeßfähig sein.[5]) Der Ausländer ist also prozeßfähig, wenn ihm die Prozeßfähigkeit entweder nach dem Rechte seines Staates oder nach dem Rechte des Prozeßgerichtes zukommt.

III. Die prozeßunfähige Person bedarf notwendig der Vertretung (*notwendige oder gesetzliche Stellvertretung*). *Sie* ist die Partei und nicht ihr gesetzlicher Vertreter; aber im Rechtsstreite *handelt* er und wird gegen ihn *gehandelt*, wie wenn er und nur er die Partei wäre.

Das gilt sogar auch für einen so höchst persönlichen Akt wie den Parteieid, vgl. ZPO. §§ 478, 477. Der gesetzliche Vertreter kann nicht Zeuge, kann nicht selbst Gegenpartei sein; will er gegen den Vertretenen klagen oder soll er von ihm verklagt werden,[6]) so greifen die Grundsätze Platz, die für den Fall seiner zeitweiligen Verhinderung gelten (wo nötig ZPO. § 57). S. ferner ZPO. § 41 Nr. 4 (gesetzliche Ausschließung vom Richteramt), § 241 (Unterbrechung des Verfahrens beim Wegfall des gesetzlichen Vertreters).

1. Nach *materiellem* Rechte bestimmt sich, wie die Prozeßfähigkeit, so auch die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung und die Notwendigkeit besonderer Ermächtigung zur Prozeßführung. ZPO. § 51.

---

[4]) Die Theorie, daß sie willensfähig seien, fähig, durch ihre Organe zu handeln, ist von *Gierke* entwickelt; s. darüber *Gierke*, Deutsches Privatrecht (1895) S. 519 ff. S. auch *Regelsberger*, Pandekten § 75.

[5]) Und es kann dann auch nicht etwa für ihn sein ausländischer gesetzlicher Vertreter handeln, da eine Person nicht zugleich als prozeßfähig und als prozeßunfähig gelten kann.

[6]) ERG. Bd. 7 Nr. 123.

Gesetzlicher Vertreter ist also z. B. der Vater (BGB. §§ 1627, 1630), bezw. die Mutter (BGB. §§ 1684, 1685) des minderjährigen Kindes, der Vormund des Minderjährigen oder Entmündigten (BGB. §§ 1773 ff., 1896 ff.).

Gesetzlicher Vertreter ist der Vorstand einer juristischen Person, BGB. §§ 26[2], 86. Wer berufen sei, den Reichs- oder Landesfiskus zu vertreten, bestimmt sich nach Staats- und Verwaltungsrecht.[7]) Der Reichsfiskus wird, in Ermanglung einer besonderen Bestimmung, durch den Reichskanzler vertreten.

2. Ist der gesetzliche Vertreter aber zur Prozeßführung im ganzen befugt (sei es, daß er dazu einer Ermächtigung nicht bedarf, oder daß er zur Prozeßführung im ganzen ermächtigt ist), so bedarf es keiner besonderen Ermächtigung mehr zur Gültigkeit einzelner Prozeßhandlungen, für die nach bürgerlichem Recht eine solche erforderlich wäre. ZPO. § 54.

Das gilt ganz besonders auch vom Vergleiche,[8]) BGB. § 1822 Nr. 12; gegen diese Meinung kann man sich nicht auf § 81 ZPO. berufen; denn wenn hier der Vergleich neben den Prozeßhandlungen besonders genannt ist, so folgt daraus nicht, daß er, wenn im Prozesse abgeschlossen, nicht zugleich auch Prozeßhandlung wäre; vgl. unten § 25 II 1.

Eine Ermächtigung zur Prozeßführung im ganzen ist landesrechtlich z. B. für Kirchenvorstände erforderlich.

3. Die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat im Rechtsstreite auch der Pfleger; und dementsprechend hat die durch ihn vertretene Person im Rechtsstreite die Stellung einer prozeßunfähigen Partei, ZPO. § 53, sie ist, wenn auch sonst prozeßfähig, doch prozeßunfähig für diesen Rechtsstreit, in dem Sinne, daß für die Prozeßführung es nicht auf ihren Willen ankommt; sie ist, wie man sagen kann, relativ prozeßunfähig.

Es gibt hienach keine gesetzliche Vertretung prozeßfähiger Personen. Die gegenteilige Auffassung[9]) beruht auf einer abweichenden Begrenzung des Begriffes der Prozeßfähigkeit.

Vgl. insbesondere BGB. §§ 1909 ff. Preuß. AG. zu ZPO. in der Fassung vom 6. Oktober 1899 § 2: Die für die Vermögensverwaltung der deutschen Landesherren und der Mitglieder der deutschen landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern und des vormaligen hannövrischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses bestehenden Behörden gelten für ihren Geschäftskreis als gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei.

4. In gewissen Fällen muß oder kann auf Antrag des Klägers vom Vorsitzenden des Prozeßgerichtes ein besonderer Vertreter für den einzelnen Rechtsstreit, bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters, bestellt werden.

1) Es muß geschehen, wenn eine prozeßunfähige Person verklagt werden soll, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, und Gefahr im Verzug obwaltet (z. B. es droht Verjährung). ZPO. § 57[1].

---

[7]) Vgl. dazu Komment. zu ZPO. § 18.

[8]) Die gegenteilige Meinung (der Vergleich sei keine Prozeßhandlung im Sinne des § 54) ist wohl die herrschende; in diesem Sinne ERG. Bd. 19 Nr. 69.

[9]) Sie ist begründet von Wach, Handbuch § 51 I 2 und viel vertreten.

2) Es *kann* geschehen, wenn eine prozeßunfähige Person beim Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts (ZPO. § 20) verklagt werden soll und ein gesetzlicher Vertreter nicht zur Stelle ist.

5. Ist das *Eigentum an einem Grundstück* nach BGB. § 928 *aufgegeben*, aber von dem Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, oder von dem sonst nach abweichender landesgesetzlicher Vorschrift (vgl. EG. Art. 129) Aneignungsberechtigten noch nicht erworben, und es soll nun im Wege der Klage ein Recht an diesem Grundstück geltend gemacht werden, so fehlt es zur Zeit nicht bloß an einer prozeßfähigen, sondern es fehlt überhaupt an einer Partei, die verklagt werden könnte; auch in diesem Falle ist auf Antrag des Klägers vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Vertreter *für den einzelnen* Rechtsstreit zu bestellen; dieser hat — gleich einem gesetzlichen Vertreter des künftigen Eigentümers (dessen Eigentumserwerb auf den Zeitpunkt der Dereliktion zurückbezogen wird) — die aus dem Eigentum fließenden Rechte und Pflichten im Rechtsstreit so lange wahrzunehmen, bis der neue Eigentümer eingetragen ist. ZPO. § 58.

Andere Auffassungen: der Vertreter sei selbst Partei[10]) — er sei Vertreter „des Eigentums am Grundstück".[11])

§ 25.[1])

Vollmacht.[2])

I. Die prozeßunfähige Partei *muß*, nach dem Willen des Gesetzes, vertreten sein; die prozeßfähige Partei (oder der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen) *kann* selbst einen Vertreter, einen *Bevollmächtigten*, bestellen. Danach unterscheidet man *gesetzliche* oder *notwendige* und *gewillkürte* Stellvertretung.

Beide, der gesetzliche Vertreter wie der Bevollmächtigte, sind nicht selbst Partei, sondern handeln für die Partei, in ihrem Interesse und in ihrem Namen und mit Wirksamkeit für sie (ZPO. § 85); aber der gesetzliche Vertreter ist von dem Vertretenen unabhängig: seine Vertretungsbefugnis hat er nicht vom Vertretenen, sein Wille und nicht der des Vertretenen ist für die Prozeßführung maßgebend; wogegen der Bevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis von dem Vollmachtgeber herleitet, seine Prozeßführung auf dem Willen des Vollmachtgebers beruht.

II. Die Erteilung der Vertretungsmacht, der *Vollmacht*, erfolgt durch Erklärung an denjenigen, welchem die Vollmacht erteilt werden soll, oder durch Erklärung an den Prozeßgegner.[3]) (Vgl. auch BGB. § 167.)

---

[10]) So *Gaupp-Stein*.

[11]) So *Hellwig*, Anspruch § 32, Lehrbuch § 43.

[1]) Des weiteren ist die Vollmacht noch in der Lehre von den Prozeßhandlungen zu erörtern; vgl. namentlich unten § 78.

[2]) *Komment.* zu ZPO. §§ 78 ff. *Wach* §§ 49, 50. *Planck* §§ 47 ff. *Schmidt* § 59. *Hellmann*, Blätt. f. Rechtsanwend. Bd. 45 S. 193 ff. *Bunsen*, Z. Bd. 26 S. 290 ff.

[3]) Der Ausdruck Vollmacht wird zuweilen auch für die Vollmachtserklärung gebraucht.

Die Vollmacht ist es, die nach außen hin den Handlungen des Vertreters die Wirksamkeit für den Vertretenen verleiht; davon verschieden ist das innere Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, das der Vollmacht zu Grunde liegt; dieses kann mannigfacher Art sein, möglich z. B. Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag.

Der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt sich nach dem Inhalte der Vollmachtserklärung. Es ist Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen möglich oder zur gesamten Prozeßführung. Die Vollmacht zur gesamten Prozeßführung heißt Prozeßvollmacht, der mit Prozeßvollmacht Versehene Prozeßbevollmächtigter.

Zustellungsbevollmächtigter heißt derjenige, der zur Entgegennahme von Zustellungen für einen anderen ermächtigt ist.

Eine Prozeßvollmacht kann auch in einer umfassenderen Vollmacht (Generalvollmacht, Prokura) enthalten sein.

1. Der Umfang der Prozeßvollmacht ist des näheren durch das Gesetz selber bestimmt. S. ZPO. §§ 81, 82.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen im weitesten Sinne des Wortes; insbesondere ermächtigt sie zur Erhebung einer Widerklage, einer Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) und zu allen durch eine Widerklage oder Wiederaufnahme veranlaßten Prozeßhandlungen, zur Zwangsvollstreckung und zu allen Prozeßhandlungen, die mit der Zwangsvollstreckung zusammenhängen; sie ermächtigt zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen. Sie ermächtigt zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruches, und zwar auch außerhalb des Prozesses, ja sogar vor Erhebung der Klage. Man darf also daraus, daß Vergleich, Verzicht und Anerkennung neben den Prozeßhandlungen genannt sind, nicht den Schluß ziehen, daß sie, auch wenn im Prozesse vorgenommen, nicht Prozeßhandlungen seien — ein Schluß, der für die Auslegung des § 54 ZPO. von Bedeutung wird (vgl. oben § 24 III 2). Überhaupt ist jede rechtsgeschäftliche Erklärung „Prozeßhandlung" in dem weiten Sinne des Gesetzes, wenn sie im Prozesse abgegeben wird, zum Zwecke des Angriffes oder der Abwehr; daher ist der Prozeßbevollmächtigte auch z. B. befugt, im Prozesse eine Aufrechnung, die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes, den Widerruf einer Schenkung, eine Kündigung zu erklären und eine solche Erklärung entgegenzunehmen. In diesem Sinne auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Es ist allerdings — nach Erlaß des BGB. — stark bestritten worden.)[4] Der Prozeßbevollmächtigte kann sich auch selbst wieder einen Vertreter (nicht aber an seiner Statt einen Prozeßbevollmächtigten) bestellen.[5] — Er ist zwar nicht befugt, die Erfüllung des geltend gemachten Anspruches, wohl aber die zu erstattenden Prozeßkosten in Empfang zu nehmen.

Die Prozeßvollmacht erstreckt sich sogar über den Rechtsstreit hinaus auf gewisse zusammenhängende Prozesse — sie umfaßt nämlich auch das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Vollmacht kann auch mehreren Personen nebeneinander erteilt werden; darüber ist zu vergleichen ZPO. § 84.

---

[4]) ERG. Bd. 48 Nr. 47, Bd. 53 Nr. 36 und Nr. 52 (wo auch ältere Entscheidungen angeführt). Vgl. auch Wach, Z. Bd. 27 S. 1 ff. und die hier zitierte Literatur.

[5]) ERG. Bd. 11 Nr. 93.

2. Der so gesetzlich bestimmte Umfang der Prozeßvollmacht ist — im Interesse der Sicherheit des Prozeßverkehrs (ähnlich wie auf handelsrechtlichem Gebiete z. B. die Prokura, HGB. § 50) — prinzipiell unbeschränkbar. Nur die Befugnis zum Abschlusse eines Vergleiches, zu einem Verzicht auf den Streitgegenstand, zur Anerkennnng des vom Gegner geltend gemachten Anspruches kann dem Prozeßbevollmächtigten entzogen werden. Im übrigen aber ist eine Beschränkung des gesetzlichen Umfanges der Vollmacht dem Gegner gegenüber ohne rechtliche Wirkung. ZPO. § 83.

Ob und welche Folge es dem Vollmachtgeber gegenüber hat, wenn der Bevollmächtigte die ihm erteilten Weisungen nicht eingehalten, bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden inneren Verhältnisse.

III. Für den Prozeß vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanz besteht nun aber (vgl. oben § 15 III) Anwaltszwang („Anwaltsprozeß"); d. h. das Gesetz zwingt die Parteien, sich durch einen Rechtsanwalt, und zwar durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten vertreten zu lassen. ZPO. § 78[1].

Nicht also ist der Anwalt gesetzlicher Vertreter; es ist nur gesetzlich eine Vertretung — aber durch einen Bevollmächtigten — erfordert.

Der Anwaltszwang gilt für alle Prozeßhandlungen, nicht bloß für die Verhandlung vor dem Gerichte; er gilt insbesondere auch für die Klage und für die vorbereitenden Schriftsätze. Ausgenommen sind nur das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter und die Prozeßhandlungen, die vor dem Gerichtschreiber vorgenommen werden können. ZPO. § 78[2].[6])

Der prozeßbevollmächtigte Rechtsanwalt kann sich in der mündlichen Verhandlung (einschließlich der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht) durch jeden (auch einen beim Prozeßgericht nicht zugelassenen) Rechtsanwalt vertreten lassen; auch kann in der mündlichen Verhandlung jeder Rechtsanwalt neben dem Prozeßbevollmächtigten die Ausführung der Parteirechte übernehmen. RAO. § 27. Vgl. oben § 15 VI.

Ein beim Prozeßgericht zugelassener Anwalt bedarf (als Partei oder gesetzlicher Vertreter) nicht der Vertretung durch einen anderen Rechtsanwalt, er kann „sich selbst vertreten". ZPO. § 78[3].

IV. Im Prozeß vor den Amtsgerichten („Parteiprozeß") und soweit im Anwaltsprozeß der Anwaltszwang nicht besteht, können die Parteien nach ihrem Belieben den Prozeß selbst führen oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen lassen. ZPO. § 7 Soweit kein Anwaltszwang besteht, ist auch eine Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen statthaft. ZPO. § 83[2].

---

[6]) Der Auftrag aber, eine Zustellung auszuführen, kann einem Gerichtsvollzieher auch von der Partei selbst erteilt werden; er unterliegt (weil es, für die Zustellung selbst, nur darauf ankommt, für wen — nicht: in wessen Auftrag — sie bewirkt wird) nicht dem Anwaltszwang. ERG. Bd. 17 Nr. 100 (Vereinigte Zivilsenate).

V. Die Endigung der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, ist aber auch beim Fortbestehen dieses Rechtsverhältnisses frei widerruflich, sofern sich nicht aus demselben ein anderes ergibt. Der Widerruf kann wie die Vollmacht dem Bevollmächtigten oder der anderen Partei gegenüber erklärt werden.

So die Bestimmungen des § 168 BGB., die sich aus der Natur der Sache ergeben; die ZPO. enthält darüber keine Vorschriften. Vgl. BGB. §§ 671—675 (Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag), §§ 712, 715, 723—729, 736 f. (Gesellschaft).

Dieser Grundsatz erleidet aber folgende Ausnahmen, welche in wichtigen Beziehungen die Vollmacht von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängig stellen.

1. Die Vollmacht endigt nicht durch den Tod des Vollmachtgebers,[7]) auch nicht durch eine Änderung in seiner Prozeßfähigkeit (z. B. nicht dadurch, daß er entmündigt wird) oder in seiner gesetzlichen Vertretung (z. B. nicht dadurch, daß der Vollmachtgeber aufhört Vormund oder Vereinsvorstand zu sein). ZPO. § 86.

Daher wird denn auch in diesen Fällen der Prozeß (der Regel der §§ 239, 241 ZPO. entgegen) nicht unterbrochen, wenn eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, ZPO. § 246; ist auf Grund des § 246 ZPO. das Verfahren ausgesetzt, so endigt auch die Vollmacht[8]) und der Bevollmächtigte hat, wenn er nachher für den Nachfolger im Rechtsstreit (den Erben, den neuen gesetzlichen Vertreter, die prozeßfähig gewordene Partei) auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen, ZPO. § 86. Dazu vgl. unten § 72.

2. Eine Kündigung der Vollmacht wird nach außen hin erst dadurch wirksam, daß sie dem Gegner, in Anwaltsprozessen sogar erst dadurch, daß ihm die Bestellung eines anderen Anwalts angezeigt wird. So lange bleibt also noch die Vollmacht in Geltung, sowohl dem Gegner gegenüber wie gegenüber dem Gerichte, auch dann, wenn sie von der Kündigung Kenntnis haben sollten. Hat der Bevollmächtigte gekündigt, so bleibt er befugt, so lange noch für den Vollmachtgeber zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. ZPO. § 87.

Das Verhältnis des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber ist auch hier wieder nach materiellem Rechte zu beurteilen; insbesondere hängt es von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ab, ob die Kündigung berechtigt, ob sie nicht eine unzeitige, ob der Bevollmächtigte, nach einer Kündigung von seiner Seite, noch bis auf weiteres für den Vollmachtgeber zu handeln verpflichtet ist. — Entsprechend der Kündigung erlangt auch eine nachträgliche Beschränkung der Vollmacht erst durch Anzeige an den Gegner nach außen hin Wirksamkeit.

VI. Soweit nicht Anwaltszwang besteht, kann sich eine Partei (auch der gesetzliche Vertreter einer Partei, nicht aber ein Bevollmächtigter) vor

[7]) Die Vollmacht gilt dann, kraft Gesetzes, als Vollmacht der Erben; daher kann der Bevollmächtigte auch noch, mit Wirksamkeit für die Erben, Klage erheben, nachdem der Vollmachtgeber verstorben ist. Weizsäcker, Z. Bd. 27 S. 97 (dagegen Seuffert, Gaupp-Stein).

[8]) Vgl. ERG. Bd. 50 Nr. 80 und die dort gegebenen Literaturnachweise.

Gericht (in der mündlichen Verhandlung oder bei einer Beweisaufnahme) der Mitwirkung eines Beistandes bedienen. Der Beistand („advocatus") ist eine Person, die eine Partei vor Gericht durch ihren Rat oder ihren Vortrag unterstützt. Er tritt neben der Partei auf und was er vorträgt, gilt als von der Partei vorgebracht; doch kann diese jedes Vorbringen des Beistandes sofort widerrufen oder berichtigen. ZPO. § 90.

Auf Grund der Zulassung bei einem Gerichte ist der Rechtsanwalt befugt, bei jedem Gerichte innerhalb des Deutschen Reiches als Beistand aufzutreten, RAO. § 26. Doch kann Beistand auch jede andere prozeßfähige Person sein; s. aber ZPO. § 157, und dazu oben § 15 VI.

§ 26.

Klage eines Ausländers.[1])

Die Fähigkeit, Partei und insbesondere Kläger zu sein, ist nicht auf Inländer beschränkt; doch aber ist in einer Beziehung der ausländische Kläger schlechter gestellt als der inländische: von einem ausländischen Kläger kann nämlich der Beklagte Sicherheit wegen der Prozeßkosten verlangen; es sei denn, daß nach den Gesetzen des Staates, dem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist. ZPO. § 110, vgl. § 111; über die Art der Sicherheit § 108; ihre Höhe bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen; darüber § 112.

In der Haager Konvention vom 14. November 1896 Art. 11 ist wechselseitige Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Angehörigen der Vertragsstaaten ausgesprochen, vorausgesetzt, daß sie in irgend einem der Vertragsstaaten einen Wohnsitz haben. Auch diese letztere Beschränkung ist einzelnen Sonderabkommen aufgegeben. Zusatzprotokoll vom 22. Mai 1897 (RGBl. S. 285 u. S. 295). Weitere Ausnahmen s. ZPO. § 110[2].

Wird dem Beklagten Sicherheit nicht geleistet, so ist er an die Klage nicht mehr gebunden, er kann beantragen, daß sie für zurückgenommen erklärt werde. Darüber ZPO. § 113 und unten in § 89.

---

[1]) Komment. zu ZPO. § 110. Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr I (1895) S. 750 ff.

3. Kapitel.

Das Prozeßgericht und seine Zuständigkeit.

§ 27.

Einleitung.

I. Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, an welches sich die Klage wendet, dessen Entscheidung mit der Klage begehrt wird.

Üblich ist es, nicht notwendig, daß bei Kollegialgerichten auch die nach der Geschäftsverteilung berufene Kammer in der Klagschrift genannt wird. Soll der Rechtsstreit vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden, so muß das in der Klagschrift gesagt sein. GVG. § 102.

II. Das Prozeßgericht vermag aber nur dann in der Hauptsache zu entscheiden, wenn es „zuständig" ist: wenn vor allem die Sache überhaupt zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört (wenn also der Rechtsweg zulässig und kein besonderes Gericht zuständig ist), wenn sie zur sachlichen Zuständigkeit eines Gerichtes dieser Art (Amtsgericht, Landgericht) gehört, und wenn bei diesem Gericht ein Gerichtsstand begründet ist. Ist das Gericht nicht zuständig, so ist die Klage als unstatthaft abzuweisen, beim Mangel der sachlichen Zuständigkeit aber, auf Antrag des Klägers, an das sachlich zuständige Gericht zu verweisen, ZPO. §§ 276, 505, vgl. § 506 (wodurch sich also ein Wechsel des Prozeßgerichtes innerhalb des durch die Klage bereits anhängig gemachten Rechtsstreites vollzieht). Darüber unten §§ 89, 91.

Wird vor die Kammer für Handelssachen eine vor sie nicht gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, oder vor die Zivilkammer eine vor die Kammer für Handelssachen gehörige Klage, so ist der Rechtsstreit auf Antrag an die richtige Kammer zu verweisen. Die Kammer für Handelssachen kann die Verweisung auch von Amts wegen verfügen, nicht aber die Zivilkammer. Des näheren vgl. GVG. §§ 102—108.

III. Der Kläger muß sich an ein Gericht wenden, dem der Beklagte unterworfen, bei dem ein Gerichtsstand für den Beklagten begründet ist: „Actor sequitur forum rei." [1])

IV. Von der Zulässigkeit des Rechtsweges und dem Unterschiede der ordentlichen und der besonderen Gerichte war schon oben die Rede (§ 12) und ebenso im allgemeinen von der sachlichen Zuständigkeit und dem Gerichtsstande (§ 14). Im folgenden soll die Regelung der Klagezuständigkeit des näheren nur insoweit dargestellt werden, als sie in dem GVG. und der ZPO. enthalten ist; zahlreiche Zuständigkeitsbestimmungen sind außerdem noch in anderen Gesetzen des mannigfachsten Inhaltes enthalten.[2])

---

[1]) Diese Rechtsparömie ist der l. 3 C. ubi in rem actio (3, 19) entnommen; vgl. auch l. 2, l. 5 pr. C. de iurisd. (3, 13).

[2]) Vgl. unten § 28 I, § 29 III.

§ 28.

Sachliche Zuständigkeit.[1])

I. Vor die Amtsgerichte gehören die Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche,[2]) deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt; die Landgerichte sind zuständig für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, deren Gegenstand einen höheren Wert hat, und für alle nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten. GVG. §§ 23[1], 70.

Gewisse Prozesse sind jedoch, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitstandes, den Amtsgerichten zugewiesen, und anderseits sind gewisse Rechtsstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten, und zwar ausschließlich, vorbehalten.[3])

Für die in ZPO. § 34 genannten Klagen (vgl. unten § 31 III 11) ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Gericht des Hauptprozesses — sei es Amtsgericht oder Landgericht (aber nicht ausschließlich) — zuständig.

1. Ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes sind die Landgerichte ausschließlich zuständig für die in GVG. § 70[2] bezeichneten (öffentliche Interessen berührenden) Ansprüche.

Die Landesgesetzgebung kann auch noch gewisse andere Sachen ohne Rücksicht auf ihren Wert den Landgerichten ausschließlich zuwenden: GVG. § 70[3]. Außerdem sind noch in verschiedenen anderen Gesetzen die Landgerichte für gewisse Klagen für ausschließlich zuständig erklärt; so z. B. in HGB. §§ 272, 320, Genossenschaftsgesetz (Fassung vom 20. Mai 1898) § 51 (Klagen auf Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Genossenschaft), RGes. betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Fassung vom 20. Mai 1898) §§ 61, 62 (Klagen auf Auflösung der Gesellschaft), RGes. betreffend die Entschädigung der in Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 § 5 (Klagen wegen Höhe der Entschädigung). S. ferner auch Reichsstempelgesetz (Fassung vom 14. Juni 1900) § 43, Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 § 47.

2. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes (GVG. § 23[2]): Streitigkeiten aus Mietverhältnissen[4]) an Wohnräumen und anderen Räumen[5]) zwischen dem Vermieter und Mieter oder Untermieter[6]) oder zwischen dem Mieter und Untermieter wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung, sowie wegen Zurückbehaltung der vom Mieter oder Untermieter eingebrachten Sachen;[7])

---

[1]) Komment. zu GVG. §§ 23, 70, Vorbemerk. vor ZPO. § 1, zu ZPO. §§ 1—9. Wach §§ 29 ff. Planck §§ 9 f. Schmidt §§ 44, 168.

[2]) S. oben § 18 VI.

[3]) Nach ZPO. § 547 Nr. 2 findet in diesen Rechtsstreitigkeiten auch, ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes, das Rechtsmittel der Revision statt.

[4]) Unterschied von Miete und Pacht: BGB. §§ 535, 581.

[5]) Z. B. Geschäftsräumen, Läden, Kellern.

[6]) BGB. § 556[3].

[7]) Nicht Streitigkeiten wegen anderer Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Auch

sodann Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, aus Arbeitsverhältnissen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern, speziell diejenigen, die in § 4 des Gesetzes betreffend die Gewerbegerichte (neue Fassung vom 29. September 1901) aufgeführt sind, aber nur insofern sie während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen (womit wohl nicht der Beginn des Prozesses gemeint ist, sondern nur die ihn veranlassende Tatsache,[8]) ferner gewisse (in GVG. § 23 Nr. 2[a]) näher bezeichnete Streitigkeiten, an denen Reisende beteiligt und die durch die Reise veranlaßt sind; Streitigkeiten wegen Viehmängel, gleichviel was im übrigen Grund und Inhalt des erhobenen Anspruches ist; Streitigkeiten wegen Wildschadens; endlich vermögensrechtliche Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe, die von seiten des außerehelichen Kindes oder der Mutter erhoben werden.[9])

Das Gewerbegerichtsgesetz § 4 zählt auf Streitigkeiten:

1. über den Antritt, die Fortsetzung oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sowie über die Aushändigung oder den Inhalt des Arbeitsbuches, Zeugnisses, Lohnbuchs, Arbeitszettels oder Lohnzahlungsbuchs;

2. über die Leistungen aus dem Arbeitsverhältnisse;

3. über die Rückgabe von Zeugnissen, Büchern, Legitimationspapieren, Urkunden, Gerätschaften, Kleidungsstücken, Kautionen u. dergl., welche aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses übergeben worden sind;

4. über Ansprüche auf Schadenersatz oder auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen, welche die unter Nr. 1—3 bezeichneten Gegenstände betreffen, sowie wegen gesetzwidriger oder unrichtiger Eintragungen in Arbeitsbücher, Zeugnisse, Lohnbücher, Arbeitszettel, Lohnzahlungsbücher, Krankenkassenbücher oder Quittungskarten der Invalidenversicherung;

5. über die Berechnung und Anrechnung der von den Arbeitern zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge und Eintrittsgelder (§§ 53a, 65, 72, 73 des Krankenversicherungsgesetzes);

6. über die Ansprüche, welche auf Grund der Übernahme einer gemeinsamen Arbeit von Arbeitern desselben Arbeitgebers gegeneinander erhoben werden.

Streitigkeiten über eine Konventionalstrafe, welche für den Fall bedungen ist, daß der Arbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein solches bei anderen Arbeitgebern eingeht oder ein eigenes Geschäft errichtet, gehören nicht zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte.

Der Zuständigkeit der Gewerbegerichte unterstellt ferner noch der § 5 Streitigkeiten der im § 4 Abs. 1 Nr. 1—5 bezeichneten Art zwischen Personen, welche für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätte der letzteren mit Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind (Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende), und ihren Arbeitgebern, sofern die Beschäftigung auf die Bearbeitung oder Verarbeitung der den ersteren von den Arbeitgebern gelieferten Rohstoffe oder Halbfabrikate beschränkt ist. Das gleiche gilt von Streitigkeiten der im § 4 Abs. 1 Nr. 6 bezeichneten Art zwischen solchen Hausgewerbetreibenden untereinander.

Streitigkeiten derjenigen Hausgewerbetreibenden, welche die Rohstoffe oder Halb-

---

nicht Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens oder der Fortdauer (Ungültigkeit einer Kündigung: RG. in S.A. Bd. 46 Nr. 128) des Mietverhältnisses.

[8]) Das ist streitig und allerdings höchst zweifelhaft.

[9]) BGB. §§ 1708, 1715 f.

fabrikate selbst beschaffen, unterliegen der Zuständigkeit der Gewerbegerichte, soweit dies durch das Statut bestimmt ist.

In den Bezirken, für welche Gewerbegerichte bestehen (s. oben § 12 II), ist bezüglich dieser Streitigkeiten die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in erster Instanz überhaupt ausgeschlossen (Gewerbegerichtsgesetz § 6, vgl. §§ 7, 8).

II. „Wert des Streitgegenstandes“ [10]) (vgl. ZPO. §§ 2 ff.) ist nicht etwa das Interesse des Klägers an der beanspruchten Leistung, sondern der objektive Wert, „Verkehrswert“, dessen, was nach dem Inhalt der Klage den Gegenstand der Entscheidung des Prozeßgerichtes bilden soll.

Es kommt also bei einem Leistungsanspruche an auf den Wert der beanspruchten Leistung und zwar ohne Rücksicht auf die etwaige Gegenleistung,[11]) es kommt an auf den Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die Feststellungsklage bezieht.

Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Klagerhebung entscheidend. (Vgl. unten § 88.) Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden (auch Vertragsstrafen), Kosten bleiben außer Ansatz, wenn sie als Nebenforderungen — mit der Hauptforderung zusammen und als abhängig von ihr — geltend gemacht werden. ZPO. § 4[2].

Wenn der Indossant mit der Regreßklage (WO. Art. 51) Ersatz begehrt für die von ihm gezahlte Summe, so ist an sich die einheitliche Ersatzforderung der Klaggegenstand, gleichviel wie sie sich zusammensetzt; nach der positiven Bestimmung des § 4[2] ZPO. sind aber Zinsen, Kosten und Provision, die außer der Wechselsumme gefordert werden, als Nebenforderungen anzusehen.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden im übrigen zusammengerechnet. Nicht zusammengerechnet wird aber der Gegenstand der Klage und der Widerklage, § 5. Vgl. unten §§ 106, 107.

Einige spezielle Bestimmungen s. in ZPO. §§ 6—9.[12])

Die §§ 3, 10, 11 ZPO. werden in anderem Zusammenhang erörtert. Vgl. unten § 89.

Die Bestimmungen über die Wertsberechnung gelten auch für die Berechnung des Beschwerdegegenstandes bei der Revision nach ZPO. § 546, des Verurteilungsgegenstandes nach ZPO. § 709 Nr. 4 und für die Berechnung der Gerichtskosten (GKG. § 9) und der Anwaltsgebühren (GO. f. RA. § 10).

---

[10]) Über die Bestimmung des Wertes des Streitgegenstandes ist eine große Reihe von, zum Teil sehr interessanten, Entscheidungen des Reichsgerichts ergangen; vgl. die systematischen Generalregister zu der offiziellen Sammlung § 290.

[11]) ERG. Bd. 5 Nr. 116.

[12]) Nach § 7 kann (wider die allgemeine Regel) eine Schätzung vom Standpunkte des Beklagten aus maßgebend werden. — § 8 bezieht sich nicht bloß auf Feststellungsklagen, sondern es kann auch bei Klagen auf Räumung das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses „streitig“ sein. ERG. Bd. 33 Nr. 1 (Vereinigte Zivilsenate).

§ 29.

Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand).[1])

I. Die räumliche Kompetenzordnung nimmt ihren Ausgang von einem umfassenden Unterworfenheitsverhältnis, dem sogen. „allgemeinen Gerichtsstande". Der allgemeine Gerichtsstand einer Person ist derjenige, welcher für alle gegen sie zu erhebenden Klagen begründet ist, für die nicht ein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand besteht, ZPO. § 12. Auf diese Weise ist auch dafür gesorgt, daß es für keine Klage an einem Gerichtsstande mangelt.

Alle anderen Gerichtsstände heißen „besondere Gerichtsstände".

Außer Betracht bleiben hier die Gerichtsstände, die durch den Zusammenhang bedingt sind, in welchem die erhobene Klage zu einer anderen Klage steht (Widerklage § 33, Hauptintervention § 61, Streitgenossenschaft § 36 Nr. 3). Sie werden bei den betreffenden Prozeßinstituten erörtert werden.

II. Den Umstand, welcher die Voraussetzung eines Gerichtsstandes bildet, bezeichnet man als Kompetenzgrund.

In erster Linie sind die Gerichtsstände durch gesetzliche Regeln an bestimmte objektive Kompetenzgründe geknüpft und unabhängig vom Belieben der Parteien. Es kann aber auch (innerhalb gewisser Schranken) ein an sich unzuständiges Gericht (d. h. ein Gericht, welches nach diesen Regeln nicht zuständig sein würde) dadurch zuständig werden, daß sich ihm die Parteien freiwillig unterwerfen, entweder durch eine Vereinbarung oder ein bestimmtes prozessuales Verhalten (ZPO. §§ 38, 39); danach unterscheidet man gesetzliche und gewillkürte (prorogierte) Gerichtsstände.

In gewissen Fällen wird das zuständige Gericht auf Gesuch des Klägers (s. dazu ZPO. § 37) durch Anordnung des im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichtes bestimmt, aus verschiedenen Gründen und in verschiedenem Sinne: zum Ersatze für das an sich zuständige, aber verhinderte Gericht, ZPO. § 36, 1, oder zur Beseitigung einer objektiven Ungewißheit, ZPO § 36, 2, oder zur Ergänzung einer unzulänglichen gesetzlichen Bestimmung, ZPO § 36, 3 und 4, oder zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, ZPO. § 36, 5 und 6. Es werden denn auch diese durch Anordnung eines höheren Gerichtes bestimmten Gerichtsstände einzeln noch im verschiedenen Zusammenhange zu erwähnen sein.

III. Es können für ein und dieselbe Streitsache verschiedene Kompetenzgründe zusammentreffen und folglich verschiedene Gerichtsstände begründet sein. Man nennt sie alsdann konkurrierende Gerichtsstände. Ins-

---

[1]) Komment. Vorbemerk. vor ZPO. § 12, zu diesem Paragraphen und zu § 35. Wach §§ 33, 44. Planck § 12. Schmidt § 45.

2) Es *kann* geschehen, wenn eine prozeßunfähige Person beim Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts (ZPO. § 20) verklagt werden soll und ein gesetzlicher Vertreter nicht zur Stelle ist.

5. Ist das *Eigentum an einem Grundstück* nach BGB. § 928 *aufgegeben*, aber von dem Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, oder von dem sonst nach abweichender landesgesetzlicher Vorschrift (vgl. EG. Art. 129) Aneignungsberechtigten noch nicht erworben, und es soll nun im Wege der Klage ein Recht an diesem Grundstück geltend gemacht werden, so fehlt es zur Zeit nicht bloß an einer prozeßfähigen, sondern es fehlt überhaupt an einer Partei, die verklagt werden könnte; auch in diesem Falle ist auf Antrag des Klägers vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Vertreter *für den einzelnen* Rechtsstreit zu bestellen; dieser hat — gleich einem gesetzlichen Vertreter des künftigen Eigentümers (dessen Eigentumserwerb auf den Zeitpunkt der Dereliktion zurückbezogen wird) — die aus dem Eigentum fließenden Rechte und Pflichten im Rechtsstreit so lange wahrzunehmen, bis der neue Eigentümer eingetragen ist. ZPO. § 58.

Andere Auffassungen: der Vertreter sei selbst Partei[10]) — er sei Vertreter „des Eigentums am Grundstück".[11])

§ 25.[1])

Vollmacht.[2])

I. Die prozeßunfähige Partei *muß*, nach dem Willen des Gesetzes, vertreten sein; die prozeßfähige Partei (oder der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen) *kann* selbst einen Vertreter, einen *Bevollmächtigten*, bestellen. Danach unterscheidet man *gesetzliche* oder *notwendige* und *gewillkürte* Stellvertretung.

Beide, der gesetzliche Vertreter wie der Bevollmächtigte, sind nicht selbst Partei, sondern handeln für die Partei, in ihrem Interesse und in ihrem Namen und mit Wirksamkeit für sie (ZPO. § 85); aber der gesetzliche Vertreter ist von dem Vertretenen unabhängig: seine Vertretungsbefugnis hat er nicht vom Vertretenen, sein Wille und nicht der des Vertretenen ist für die Prozeßführung maßgebend; wogegen der Bevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis von dem Vollmachtgeber herleitet, seine Prozeßführung auf dem Willen des Vollmachtgebers beruht.

II. Die Erteilung der Vertretungsmacht, der *Vollmacht*, erfolgt durch Erklärung an denjenigen, welchem die Vollmacht erteilt werden soll, oder durch Erklärung an den Prozeßgegner.[3]) (Vgl. auch BGB. § 167.)

---

[10]) So *Gaupp-Stein*.

[11]) So *Hellwig*, Anspruch § 32, Lehrbuch § 43.

[1]) Des weiteren ist die Vollmacht noch in der Lehre von den Prozeßhandlungen zu erörtern; vgl. namentlich unten § 78.

[2]) *Komment.* zu ZPO. §§ 78 ff. *Wach* §§ 49, 50. *Planck* §§ 47 ff. *Schmidt* § 59. *Hellmann*, Blätt. f. Rechtsanwend. Bd. 45 S. 193 ff. *Bunsen*, Z. Bd. 26 S. 290 ff.

[3]) Der Ausdruck Vollmacht wird zuweilen auch für die Vollmachtserklärung gebraucht.

Die Vollmacht ist es, die nach außen hin den Handlungen des Vertreters die Wirksamkeit für den Vertretenen verleiht; davon verschieden ist das innere Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, das der Vollmacht zu Grunde liegt; dieses kann mannigfacher Art sein, möglich z. B. Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag.

Der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt sich nach dem Inhalte der Vollmachtserklärung. Es ist Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen möglich oder zur gesamten Prozeßführung. Die Vollmacht zur gesamten Prozeßführung heißt Prozeßvollmacht, der mit Prozeßvollmacht Versehene Prozeßbevollmächtigter.

Zustellungsbevollmächtigter heißt derjenige, der zur Entgegennahme von Zustellungen für einen anderen ermächtigt ist.

Eine Prozeßvollmacht kann auch in einer umfassenderen Vollmacht (Generalvollmacht, Prokura) enthalten sein.

1. Der Umfang der Prozeßvollmacht ist des näheren durch das Gesetz selber bestimmt. S. ZPO. §§ 81, 82.

Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen im weitesten Sinne des Wortes; insbesondere ermächtigt sie zur Erhebung einer Widerklage, einer Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) und zu allen durch eine Widerklage oder Wiederaufnahme veranlaßten Prozeßhandlungen, zur Zwangsvollstreckung und zu allen Prozeßhandlungen, die mit der Zwangsvollstreckung zusammenhängen; sie ermächtigt zur Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höheren Instanzen. Sie ermächtigt zur Beseitigung des Rechtsstreites durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruches, und zwar auch außerhalb des Prozesses, ja sogar vor Erhebung der Klage. Man darf also daraus, daß Vergleich, Verzicht und Anerkennung neben den Prozeßhandlungen genannt sind, nicht den Schluß ziehen, daß sie, auch wenn im Prozesse vorgenommen, nicht Prozeßhandlungen seien — ein Schluß, der für die Auslegung des § 54 ZPO. von Bedeutung wird (vgl. oben § 24 III 2). Überhaupt ist jede rechtsgeschäftliche Erklärung „Prozeßhandlung" in dem weiten Sinne des Gesetzes, wenn sie im Prozesse abgegeben wird, zum Zwecke des Angriffes oder der Abwehr; daher ist der Prozeßbevollmächtigte auch z. B. befugt, im Prozesse eine Aufrechnung, die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes, den Widerruf einer Schenkung, eine Kündigung zu erklären und eine solche Erklärung entgegenzunehmen. In diesem Sinne auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (Es ist allerdings — nach Erlaß des BGB. — stark bestritten worden.)[4] Der Prozeßbevollmächtigte kann sich auch selbst wieder einen Vertreter (nicht aber an seiner Statt einen Prozeßbevollmächtigten) bestellen.[5] — Er ist zwar nicht befugt, die Erfüllung des geltend gemachten Anspruches, wohl aber die zu erstattenden Prozeßkosten in Empfang zu nehmen.

Die Prozeßvollmacht erstreckt sich sogar über den Rechtsstreit hinaus auf gewisse zusammenhängende Prozesse — sie umfaßt nämlich auch das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

Vollmacht kann auch mehreren Personen nebeneinander erteilt werden; darüber ist zu vergleichen ZPO. § 84.

---

[4]) ERG. Bd. 48 Nr. 47, Bd. 53 Nr. 36 und Nr. 52 (wo auch ältere Entscheidungen angeführt). Vgl. auch Wach, Z. Bd. 27 S. 1 ff. und die hier zitierte Literatur.

[5]) ERG. Bd. 11 Nr. 93.

2. Der so gesetzlich bestimmte Umfang der Prozeßvollmacht ist — im Interesse der Sicherheit des Prozeßverkehrs (ähnlich wie auf handelsrechtlichem Gebiete z. B. die Prokura, HGB. § 50) — prinzipiell unbeschränkbar. Nur die Befugnis zum Abschlusse eines Vergleiches, zu einem Verzicht auf den Streitgegenstand, zur Anerkennnng des vom Gegner geltend gemachten Anspruches kann dem Prozeßbevollmächtigten entzogen werden. Im übrigen aber ist eine Beschränkung des gesetzlichen Umfanges der Vollmacht dem Gegner gegenüber ohne rechtliche Wirkung. ZPO. § 83.

Ob und welche Folge es dem Vollmachtgeber gegenüber hat, wenn der Bevollmächtigte die ihm erteilten Weisungen nicht eingehalten, bestimmt sich nach dem zu Grunde liegenden inneren Verhältnisse.

III. Für den Prozeß vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanz besteht nun aber (vgl. oben § 15 III) Anwaltszwang („Anwaltsprozeß"); d. h. das Gesetz zwingt die Parteien, sich durch einen Rechtsanwalt, und zwar durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Prozeßbevollmächtigten vertreten zu lassen. ZPO. § 78[1].

Nicht also ist der Anwalt gesetzlicher Vertreter; es ist nur gesetzlich eine Vertretung — aber durch einen Bevollmächtigten — erfordert.

Der Anwaltszwang gilt für alle Prozeßhandlungen, nicht bloß für die Verhandlung vor dem Gerichte; er gilt insbesondere auch für die Klage und für die vorbereitenden Schriftsätze. Ausgenommen sind nur das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter und die Prozeßhandlungen, die vor dem Gerichtschreiber vorgenommen werden können. ZPO. § 78[2].[6])

Der prozeßbevollmächtigte Rechtsanwalt kann sich in der mündlichen Verhandlung (einschließlich der Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht) durch jeden (auch einen beim Prozeßgericht nicht zugelassenen) Rechtsanwalt vertreten lassen, auch kann in der mündlichen Verhandlung jeder Rechtsanwalt neben dem Prozeßbevollmächtigten die Ausführung der Parteirechte übernehmen. RAO. § 27. Vgl. oben § 15 VI.

Ein beim Prozeßgericht zugelassener Anwalt bedarf (als Partei oder gesetzlicher Vertreter) nicht der Vertretung durch einen anderen Rechtsanwalt, er kann „sich selbst vertreten". ZPO. § 78[3].

IV. Im Prozeß vor den Amtsgerichten („Parteiprozeß") und soweit im Anwaltsprozeß der Anwaltszwang nicht besteht, können die Parteien nach ihrem Belieben den Prozeß selbst führen oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen lassen. ZPO. § 79. Soweit kein Anwaltszwang besteht, ist auch eine Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen statthaft. ZPO. § 83[2].

---

[6]) Der Auftrag aber, eine Zustellung auszuführen, kann einem Gerichtsvollzieher auch von der Partei selbst erteilt werden; er unterliegt (weil es, für die Zustellung selbst, nur darauf ankommt, für wen — nicht: in wessen Auftrag — sie bewirkt wird) nicht dem Anwaltszwang. ERG. Bd. 17 Nr. 100 (Vereinigte Zivilsenate).

V. Die Endigung der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, ist aber auch beim Fortbestehen dieses Rechtsverhältnisses frei widerruflich, sofern sich nicht aus demselben ein anderes ergibt. Der Widerruf kann wie die Vollmacht dem Bevollmächtigten oder der anderen Partei gegenüber erklärt werden.

So die Bestimmungen des § 168 BGB., die sich aus der Natur der Sache ergeben; die ZPO. enthält darüber keine Vorschriften. Vgl. BGB. §§ 671—675 (Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag), §§ 712, 715, 723—729, 736 f. (Gesellschaft).

Dieser Grundsatz erleidet aber folgende Ausnahmen, welche in wichtigen Beziehungen die Vollmacht von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse unabhängig stellen.

1. Die Vollmacht endigt nicht durch den Tod des Vollmachtgebers,[7]) auch nicht durch eine Änderung in seiner Prozeßfähigkeit (z. B. nicht dadurch, daß er entmündigt wird) oder in seiner gesetzlichen Vertretung (z. B. nicht dadurch, daß der Vollmachtgeber aufhört Vormund oder Vereinsvorstand zu sein). ZPO. § 86.

Daher wird denn auch in diesen Fällen der Prozeß (der Regel der §§ 239, 241 ZPO. entgegen) nicht unterbrochen, wenn eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, ZPO. § 246; ist auf Grund des § 246 ZPO. das Verfahren ausgesetzt, so endigt auch die Vollmacht[8]) und der Bevollmächtigte hat, wenn er nachher für den Nachfolger im Rechtsstreit (den Erben, den neuen gesetzlichen Vertreter, die prozeßfähig gewordene Partei) auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen, ZPO. § 86. Dazu vgl. unten § 72.

2. Eine Kündigung der Vollmacht wird nach außen hin erst dadurch wirksam, daß sie dem Gegner, in Anwaltsprozessen sogar erst dadurch, daß ihm die Bestellung eines anderen Anwalts angezeigt wird. So lange bleibt also noch die Vollmacht in Geltung, sowohl dem Gegner gegenüber wie gegenüber dem Gerichte, auch dann, wenn sie von der Kündigung Kenntnis haben sollten. Hat der Bevollmächtigte gekündigt, so bleibt er befugt, so lange noch für den Vollmachtgeber zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. ZPO. § 87.

Das Verhältnis des Bevollmächtigten zum Vollmachtgeber ist auch hier wieder nach materiellem Rechte zu beurteilen; insbesondere hängt es von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse ab, ob die Kündigung berechtigt, ob sie nicht eine unzeitige, ob der Bevollmächtigte, nach einer Kündigung von seiner Seite, noch bis auf weiteres für den Vollmachtgeber zu handeln verpflichtet ist. — Entsprechend der Kündigung erlangt auch eine nachträgliche Beschränkung der Vollmacht erst durch Anzeige an den Gegner nach außen hin Wirksamkeit.

VI. Soweit nicht Anwaltszwang besteht, kann sich eine Partei (auch der gesetzliche Vertreter einer Partei, nicht aber ein Bevollmächtigter) vor

[7]) Die Vollmacht gilt dann, kraft Gesetzes, als Vollmacht der Erben; daher kann der Bevollmächtigte auch noch, mit Wirksamkeit für die Erben, Klage erheben, nachdem der Vollmachtgeber verstorben ist. Weizsäcker, Z. Bd. 27 S. 97 (dagegen Seuffert, Gaupp-Stein).

[8]) Vgl. ERG. Bd. 50 Nr. 80 und die dort gegebenen Literaturnachweise.

Gericht (in der mündlichen Verhandlung oder bei einer Beweisaufnahme) der Mitwirkung eines Beistandes bedienen. Der Beistand („advocatus") ist eine Person, die eine Partei vor Gericht durch ihren Rat oder ihren Vortrag unterstützt. Er tritt neben der Partei auf und was er vorträgt, gilt als von der Partei vorgebracht; doch kann diese jedes Vorbringen des Beistandes sofort widerrufen oder berichtigen. ZPO. § 90.

Auf Grund der Zulassung bei einem Gerichte ist der Rechtsanwalt befugt, bei jedem Gerichte innerhalb des Deutschen Reiches als Beistand aufzutreten, RAO. § 26. Doch kann Beistand auch jede andere prozeßfähige Person sein; s. aber ZPO. § 157, und dazu oben § 15 VI.

§ 26.

Klage eines Ausländers.[1])

Die Fähigkeit, Partei und insbesondere Kläger zu sein, ist nicht auf Inländer beschränkt; doch aber ist in einer Beziehung der ausländische Kläger schlechter gestellt als der inländische: von einem ausländischen Kläger kann nämlich der Beklagte Sicherheit wegen der Prozeßkosten verlangen; es sei denn, daß nach den Gesetzen des Staates, dem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist. ZPO. § 110, vgl. § 111; über die Art der Sicherheit § 108; ihre Höhe bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen; darüber § 112.

In der Haager Konvention vom 14. November 1896 Art. 11 ist wechselseitige Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Angehörigen der Vertragsstaaten ausgesprochen, vorausgesetzt, daß sie in irgend einem der Vertragsstaaten einen Wohnsitz haben. Auch diese letztere Beschränkung ist einzelnen Sonderabkommen aufgegeben. Zusatzprotokoll vom 22. Mai 1897 (RGBl. S. 285 u. S. 295). Weitere Ausnahmen s. ZPO. § 110[2].

Wird dem Beklagten Sicherheit nicht geleistet, so ist er an die Klage nicht mehr gebunden, er kann beantragen, daß sie für zurückgenommen erklärt werde. Darüber ZPO. § 113 und unten in § 89.

---

[1]) Komment. zu ZPO. § 110. Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr I (1895) S. 750 ff.

3. Kapitel.

Das Prozeßgericht und seine Zuständigkeit.

§ 27.

Einleitung.

I. Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, an welches sich die Klage wendet, dessen Entscheidung mit der Klage begehrt wird.

Üblich ist es, nicht notwendig, daß bei Kollegialgerichten auch die nach der Geschäftsverteilung berufene Kammer in der Klagschrift genannt wird. Soll der Rechtsstreit vor die Kammer für Handelssachen gebracht werden, so muß das in der Klagschrift gesagt sein. GVG. § 102.

II. Das Prozeßgericht vermag aber nur dann in der Hauptsache zu entscheiden, wenn es „zuständig" ist: wenn vor allem die Sache überhaupt zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört (wenn also der Rechtsweg zulässig und kein besonderes Gericht zuständig ist), wenn sie zur sachlichen Zuständigkeit eines Gerichtes dieser Art (Amtsgericht, Landgericht) gehört, und wenn bei diesem Gericht ein Gerichtsstand begründet ist. Ist das Gericht nicht zuständig, so ist die Klage als unstatthaft abzuweisen, beim Mangel der sachlichen Zuständigkeit aber, auf Antrag des Klägers, an das sachlich zuständige Gericht zu verweisen, ZPO. §§ 276, 505, vgl. § 506 (wodurch sich also ein Wechsel des Prozeßgerichtes innerhalb des durch die Klage bereits anhängig gemachten Rechtsstreites vollzieht). Darüber unten §§ 89, 91.

Wird vor die Kammer für Handelssachen eine vor sie nicht gehörige Klage zur Verhandlung gebracht, oder vor die Zivilkammer eine vor die Kammer für Handelssachen gehörige Klage, so ist der Rechtsstreit auf Antrag an die richtige Kammer zu verweisen. Die Kammer für Handelssachen kann die Verweisung auch von Amts wegen verfügen, nicht aber die Zivilkammer. Des näheren vgl. GVG. §§ 102—108.

III. Der Kläger muß sich an ein Gericht wenden, dem der Beklagte unterworfen, bei dem ein Gerichtsstand für den Beklagten begründet ist: „Actor sequitur forum rei." [1])

IV. Von der Zulässigkeit des Rechtsweges und dem Unterschiede der ordentlichen und der besonderen Gerichte war schon oben die Rede (§ 12) und ebenso im allgemeinen von der sachlichen Zuständigkeit und dem Gerichtsstande (§ 14). Im folgenden soll die Regelung der Klagezuständigkeit des näheren nur insoweit dargestellt werden, als sie in dem GVG. und der ZPO. enthalten ist; zahlreiche Zuständigkeitsbestimmungen sind außerdem noch in anderen Gesetzen des mannigfachsten Inhaltes enthalten.[2])

---

[1]) Diese Rechtsparömie ist der l. 3 C. ubi in rem actio (3, 19) entnommen; vgl. auch l. 2, l. 5 pr. C. de iurisd. (3, 13).

[2]) Vgl. unten § 28 I, § 29 III.

§ 28.

Sachliche Zuständigkeit.[1])

I. Vor die **Amtsgerichte** gehören die Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche,[2]) deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt; die **Landgerichte** sind zuständig für alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten, deren Gegenstand einen höheren Wert hat, und für alle nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten. GVG. §§ 23[1], 70.

Gewisse Prozesse sind jedoch, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitstandes, den Amtsgerichten zugewiesen, und anderseits sind gewisse Rechtsstreitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes den Landgerichten, und zwar ausschließlich, vorbehalten.[3])

Für die in ZPO. § 34 genannten Klagen (vgl. unten § 31 III 11) ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Gericht des Hauptprozesses — sei es Amtsgericht oder Landgericht (aber **nicht** ausschließlich) — zuständig.

1. Ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes sind die Landgerichte ausschließlich zuständig für die in GVG. § 70[2] bezeichneten (öffentliche Interessen berührenden) Ansprüche.

Die Landesgesetzgebung kann auch noch gewisse andere Sachen ohne Rücksicht auf ihren Wert den Landgerichten ausschließlich zuwenden: GVG. § 70[3]. Außerdem sind noch in verschiedenen anderen Gesetzen die Landgerichte für gewisse Klagen für ausschließlich zuständig erklärt; so z. B. in HGB. §§ 272, 320, Genossenschaftsgesetz (Fassung vom 20. Mai 1898) § 51 (Klagen auf Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Genossenschaft), RGes. betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Fassung vom 20. Mai 1898) §§ 61, 62 (Klagen auf Auflösung der Gesellschaft), RGes. betreffend die Entschädigung der in Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 § 5 (Klagen wegen Höhe der Entschädigung). S. ferner auch Reichsstempelgesetz (Fassung vom 14. Juni 1900) § 43, Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 § 47.

2. Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes (GVG. § 23[2]): Streitigkeiten aus Mietverhältnissen[4]) an Wohnräumen und anderen Räumen[5]) zwischen dem Vermieter und Mieter oder Untermieter[6]) oder zwischen dem Mieter und Untermieter wegen Überlassung, Benutzung oder Räumung, sowie wegen Zurückbehaltung der vom Mieter oder Untermieter eingebrachten Sachen;[7])

---

[1]) **Komment.** zu GVG. §§ 23, 70, Vorbemerk. vor ZPO. § 1, zu ZPO. §§ 1—9. **Wach** §§ 29 ff. **Planck** §§ 9 f. **Schmidt** §§ 44, 168.

[2]) S. oben § 18 VI.

[3]) Nach ZPO. § 547 Nr. 2 findet in diesen Rechtsstreitigkeiten auch, ohne Rücksicht auf den Wert des **Beschwerde**gegenstandes, das Rechtsmittel der Revision statt.

[4]) Unterschied von Miete und Pacht: BGB. §§ 535, 581.

[5]) Z. B. Geschäftsräumen, Läden, Kellern.

[6]) BGB. § 556[3].

[7]) Nicht Streitigkeiten wegen anderer Ansprüche aus dem Mietverhältnis. Auch

sodann Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, aus Arbeitsverhältnissen zwischen Arbeitgebern und Arbeitern, speziell diejenigen, die in § 4 des Gesetzes betreffend die Gewerbegerichte (neue Fassung vom 29. September 1901) aufgeführt sind, aber nur insofern sie während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen (womit wohl nicht der Beginn des Prozesses gemeint ist, sondern nur die ihn veranlassende Tatsache,[8]) ferner gewisse (in GVG. § 23 Nr. 2[9]) näher bezeichnete Streitigkeiten, an denen Reisende beteiligt und die durch die Reise veranlaßt sind; Streitigkeiten wegen Viehmängel, gleichviel was im übrigen Grund und Inhalt des erhobenen Anspruches ist; Streitigkeiten wegen Wildschadens; endlich vermögensrechtliche Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe, die von seiten des außerehelichen Kindes oder der Mutter erhoben werden.[9])

Das Gewerbegerichtsgesetz § 4 zählt auf Streitigkeiten:

1. über den Antritt, die Fortsetzung oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, sowie über die Aushändigung oder den Inhalt des Arbeitsbuches, Zeugnisses, Lohnbuchs, Arbeitszettels oder Lohnzahlungsbuchs;

2. über die Leistungen aus dem Arbeitsverhältnisse;

3. über die Rückgabe von Zeugnissen, Büchern, Legitimationspapieren, Urkunden, Gerätschaften, Kleidungsstücken, Kautionen u. dergl., welche aus Anlaß des Arbeitsverhältnisses übergeben worden sind;

4. über Ansprüche auf Schadenersatz oder auf Zahlung einer Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Verpflichtungen, welche die unter Nr. 1—3 bezeichneten Gegenstände betreffen, sowie wegen gesetzwidriger oder unrichtiger Eintragungen in Arbeitsbücher, Zeugnisse, Lohnbücher, Arbeitszettel, Lohnzahlungsbücher, Krankenkassenbücher oder Quittungskarten der Invalidenversicherung;

5. über die Berechnung und Anrechnung der von den Arbeitern zu leistenden Krankenversicherungsbeiträge und Eintrittsgelder (§§ 53a, 65, 72, 73 des Krankenversicherungsgesetzes);

6. über die Ansprüche, welche auf Grund der Übernahme einer gemeinsamen Arbeit von Arbeitern desselben Arbeitgebers gegeneinander erhoben werden.

Streitigkeiten über eine Konventionalstrafe, welche für den Fall bedungen ist, daß der Arbeiter nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein solches bei anderen Arbeitgebern eingeht oder ein eigenes Geschäft errichtet, gehören nicht zur Zuständigkeit der Gewerbegerichte.

Der Zuständigkeit der Gewerbegerichte unterstellt ferner noch der § 5 Streitigkeiten der im § 4 Abs. 1 Nr. 1—5 bezeichneten Art zwischen Personen, welche für bestimmte Gewerbetreibende außerhalb der Arbeitsstätte der letzteren mit Anfertigung gewerblicher Erzeugnisse beschäftigt sind (Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende), und ihren Arbeitgebern, sofern die Beschäftigung auf die Bearbeitung oder Verarbeitung der den ersteren von den Arbeitgebern gelieferten Rohstoffe oder Halbfabrikate beschränkt ist. Das gleiche gilt von Streitigkeiten der im § 4 Abs. 1 Nr. 6 bezeichneten Art zwischen solchen Hausgewerbetreibenden untereinander.

Streitigkeiten derjenigen Hausgewerbetreibenden, welche die Rohstoffe oder Halb-

---

nicht Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens oder der Fortdauer (Ungültigkeit einer Kündigung: RG. in S.A. Bd. 46 Nr. 128) des Mietverhältnisses.

[8]) Das ist streitig und allerdings höchst zweifelhaft.

[9]) BGB. §§ 1708, 1715 f.

fabrikate selbst beschaffen, unterliegen der Zuständigkeit der Gewerbegerichte, soweit dies durch das Statut bestimmt ist.

In den Bezirken, für welche Gewerbegerichte bestehen (s. oben § 12 II), ist bezüglich dieser Streitigkeiten die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in erster Instanz überhaupt ausgeschlossen (Gewerbegerichtsgesetz § 6, vgl. §§ 7, 8).

II. „Wert des Streitgegenstandes“ [10]) (vgl. ZPO. §§ 2 ff.) ist nicht etwa das Interesse des Klägers an der beanspruchten Leistung, sondern der objektive Wert, „Verkehrswert“, dessen, was nach dem Inhalt der Klage den Gegenstand der Entscheidung des Prozeßgerichtes bilden soll.

Es kommt also bei einem Leistungsanspruche an auf den Wert der beanspruchten Leistung und zwar ohne Rücksicht auf die etwaige Gegenleistung,[11]) es kommt an auf den Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die Feststellungsklage bezieht.

Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Klagerhebung entscheidend. (Vgl. unten § 88.) Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden (auch Vertragsstrafen), Kosten bleiben außer Ansatz, wenn sie als Nebenforderungen — mit der Hauptforderung zusammen und als abhängig von ihr — geltend gemacht werden. ZPO. § 4[2].

Wenn der Indossant mit der Regreßklage (WO. Art. 51) Ersatz begehrt für die von ihm gezahlte Summe, so ist an sich die einheitliche Ersatzforderung der Klaggegenstand, gleichviel wie sie sich zusammensetzt; nach der positiven Bestimmung des § 4[2] ZPO. sind aber Zinsen, Kosten und Provision, die außer der Wechselsumme gefordert werden, als Nebenforderungen anzusehen.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden im übrigen zusammengerechnet. Nicht zusammengerechnet wird aber der Gegenstand der Klage und der Widerklage, § 5. Vgl. unten §§ 106, 107.

Einige spezielle Bestimmungen s. in ZPO. §§ 6—9.[12])

Die §§ 3, 10, 11 ZPO. werden in anderem Zusammenhang erörtert. Vgl. unten § 89.

Die Bestimmungen über die Wertsberechnung gelten auch für die Berechnung des Beschwerdegegenstandes bei der Revision nach ZPO. § 546, des Verurteilungsgegenstandes nach ZPO. § 709 Nr. 4 und für die Berechnung der Gerichtskosten (GKG. § 9) und der Anwaltsgebühren (GO. f. RA. § 10).

---

[10]) Über die Bestimmung des Wertes des Streitgegenstandes ist eine große Reihe von, zum Teil sehr interessanten, Entscheidungen des Reichsgerichts ergangen; vgl. die systematischen Generalregister zu der offiziellen Sammlung § 290.

[11]) ERG. Bd. 5 Nr. 116.

[12]) Nach § 7 kann (wider die allgemeine Regel) eine Schätzung vom Standpunkte des Beklagten aus maßgebend werden. — § 8 bezieht sich nicht bloß auf Feststellungsklagen, sondern es kann auch bei Klagen auf Räumung das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Mietverhältnisses „streitig“ sein. ERG. Bd. 33 Nr. 1 (Vereinigte Zivilsenate).

§ 29.

Örtliche Zuständigkeit (Gerichtsstand).[1])

I. Die räumliche Kompetenzordnung nimmt ihren Ausgang von einem umfassenden Unterworfenheitsverhältnis, dem sogen. „allgemeinen Gerichtsstande". Der allgemeine Gerichtsstand einer Person ist derjenige, welcher für alle gegen sie zu erhebenden Klagen begründet ist, für die nicht ein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand besteht, ZPO. § 12. Auf diese Weise ist auch dafür gesorgt, daß es für keine Klage an einem Gerichtsstande mangelt.

Alle anderen Gerichtsstände heißen „besondere Gerichtsstände".

Außer Betracht bleiben hier die Gerichtsstände, die durch den Zusammenhang bedingt sind, in welchem die erhobene Klage zu einer anderen Klage steht (Widerklage § 33, Hauptintervention § 61, Streitgenossenschaft § 36 Nr. 3). Sie werden bei den betreffenden Prozeßinstituten erörtert werden.

II. Den Umstand, welcher die Voraussetzung eines Gerichtsstandes bildet, bezeichnet man als Kompetenzgrund.

In erster Linie sind die Gerichtsstände durch gesetzliche Regeln an bestimmte objektive Kompetenzgründe geknüpft und unabhängig vom Belieben der Parteien. Es kann aber auch (innerhalb gewisser Schranken) ein an sich unzuständiges Gericht (d. h. ein Gericht, welches nach diesen Regeln nicht zuständig sein würde) dadurch zuständig werden, daß sich ihm die Parteien freiwillig unterwerfen, entweder durch eine Vereinbarung oder ein bestimmtes prozessuales Verhalten (ZPO. §§ 38, 39); danach unterscheidet man gesetzliche und gewillkürte (prorogierte) Gerichtsstände.

In gewissen Fällen wird das zuständige Gericht auf Gesuch des Klägers (s. dazu ZPO. § 37) durch Anordnung des im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichtes bestimmt, aus verschiedenen Gründen und in verschiedenem Sinne: zum Ersatze für das an sich zuständige, aber verhinderte Gericht, ZPO. § 36, 1, oder zur Beseitigung einer objektiven Ungewißheit, ZPO § 36, 2, oder zur Ergänzung einer unzulänglichen gesetzlichen Bestimmung, ZPO § 36, 3 und 4, oder zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, ZPO. § 36, 5 und 6. Es werden denn auch diese durch Anordnung eines höheren Gerichtes bestimmten Gerichtsstände einzeln noch im verschiedenen Zusammenhange zu erwähnen sein.

III. Es können für ein und dieselbe Streitsache verschiedene Kompetenzgründe zusammentreffen und folglich verschiedene Gerichtsstände begründet sein. Man nennt sie alsdann konkurrierende Gerichtsstände. Ins-

---

[1]) Komment. Vorbemerk. vor ZPO. § 12, zu diesem Paragraphen und zu § 35. Wach §§ 33, 44. Planck § 12. Schmidt § 45.

besondere können mit dem allgemeinen Gerichtsstand besondere Gerichtsstände konkurrieren. Unter mehreren konkurrierenden Gerichsständen hat der Kläger die Wahl, ZPO. § 35. Es gibt aber auch Gerichtsstände, welche keine anderen neben sich dulden, insbesondere auch keinen allgemeinen und keinen gewillkürten Gerichtsstand; es sind diejenigen, welche vom Gesetz als ausschließliche Gerichtsstände bezeichnet sind.

Auch der allgemeine Gerichtsstand kann ein ausschließlicher sein; s. z. B. ZPO. §§ 606, 689.

Von den zahlreichen in anderen Gesetzen geordneten Gerichtsständen vgl. z. B. KO. § 146; HGB. §§ 272, 306, 309, 371, 488, 508; Patentges. vom 7. April 1891 § 12; Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes §§ 2, 3. Vgl. auch die oben für die sachliche Zuständigkeit angeführten Stellen.

§ 30.

1. Allgemeine Gerichtsstände.[1])

I. Der allgemeine Gerichtsstand einer physischen Person wird in erster Linie durch ihren Wohnsitz bestimmt, ZPO. § 13. Und zwar durch ihren zivilrechtlichen Wohnsitz; nach BGB. §§ 7—11 bestimmen sich seine Voraussetzungen, seine Begründung und Endigung.

1. Gewillkürter Wohnsitz, BGB. §§ 7, 8.

2. Notwendiger (an einen objektiven Tatbestand geknüpfter Wohnsitz): Garnisonort, BGB. § 9; auf den durch den Garnisonort bestimmten Gerichtsstand bezieht sich ergänzend ZPO. § 14. Insbesondere „abgeleiteter" (durch familienrechtliche Abhängigkeit bestimmter) Wohnsitz der Ehefrau und Kinder, BGB. §§ 10, 11.

Der Gedanke, daß eine Person durch ihren Wohnsitz gerichtsunterworfen werde, ist dem mittelalterlichen deutschen Rechte mit dem römischen Rechte gemeinsam und hat sich auch im gemeinen Prozesse[2]) wie in allen neueren Prozeßgesetzgebungen erhalten.

Hat eine Person einen mehrfachen Wohnsitz (BGB. § 7[2]) in verschiedenen Gerichtsbezirken, so hat sie auch einen mehrfachen allgemeinen Gerichtsstand.

Exterritoriale Deutsche und im Auslande angestellte Beamte des Reichs oder eines Bundesstaates, auch die Berufskonsuln, nicht aber die Wahlkonsuln, behalten in Ansehung des Gerichtsstandes ihren letzten Wohnsitz, wenn sie ihn in ihrem Heimatstaat hatten; andernfalls gilt als ihr Wohnsitz die Hauptstadt ihres Heimatstaates; sind es Deutsche, die keinem Bundesstaate angehören, so ist ihr allgemeiner Gerichtsstand in Berlin, ZPO. § 15.

Ist die Hauptstadt des Heimatstaates oder ist Berlin in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so muß von der Landesjustizverwaltung durch eine allgemeine Anordnung der Bezirk bezeichnet werden, der als ihr Wohnsitz zu gelten hat.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 13—19. Wach § 34. Planck § 13. Schmidt § 45.
[2]) Wetzell § 40.

Eine Person aber, die keinen Wohnsitz hat, weder im Inlande noch im Auslande, hat ihren allgemeinen Gerichtsstand bei jedem deutschen Gerichte, in dessen Bezirke sie sich gerade zur Zeit der Klagerhebung (wenn auch nur vorübergehend) aufhält; hält sie, soviel sich ermitteln läßt,[3]) im Deutschen Reiche sich nicht auf, so wird ihr allgemeiner Gerichtsstand durch ihren letzten bekannten Wohnsitz bestimmt. ZPO. § 18.

Hat der Ehemann oder Vater keinen Wohnsitz, so bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand der Ehefrau, der Kinder nach ihren eigenen Verhältnissen; vgl. BGB. §§ 10, 11.

II. Juristische Personen wie parteifähige Personenvereinigungen, Anstalten oder Vermögensmassen haben ihren allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte ihres durch Gesetz[4]) oder Verfügung einer zuständigen Verwaltungsbehörde, durch Gesellschaftsvertrag[5]) oder Statut bestimmten Sitzes. Fehlt es an solcher besonderen Bestimmung, so gilt als ihr Sitz der Ort, von wo aus ihre Verwaltung geführt wird. ZPO. § 17[1]. (Vgl. auch BGB. §§ 24, 80.)

Für den allgemeinen Gerichtsstand von Behörden, sofern sie nach Landesrecht als solche verklagt werden können, ist ihr Amtssitz maßgebend. ZPO. § 17[2]. (Vgl. dazu ZPO. § 19.)

Bei Gewerkschaften entscheidet die Lage des Bergwerkes. ZPO. § 17[2].

Außer den hienach (§ 17[1, 2]) bestimmten Gerichtsständen (nicht aber anstatt derselben)[6]) ist noch ein weiterer durch Statut, Konzessionsurkunde (z. B. Konzession zum inländischen Geschäftsbetrieb für eine ausländische Versicherungsgesellschaft) oder sonstwie besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus (des Reiches wie der Bundesstaaten) richtet sich nach dem Sitze der Behörde, welche ihn der Klage gegenüber zu vertreten berufen ist. ZPO. § 18. (Vgl. dazu ZPO. § 19.)

§ 30a.

2. Besondere Gerichtsstände.[1])

I. Allgemeines. Die besonderen Gerichtsstände gründen sich zum Teil auf eine besondere räumliche Beziehung des streitigen Rechtsverhältnisses und sind dann auch nur für Klagen aus diesem Rechtsverhältnisse gegeben (besonders zahlreich sind die besonderen Gerichtsstände für obligatorische Klagen). Zum anderen Teile beruhen sie auf persönlichen Beziehungen des Beklagten, die übrigens, mit einer selbst-

[3]) ERG. Bd. 27 Nr. 104.
[4]) Z. B. Sitz der Reichsbank (in Berlin), RGes. vom 14. März 1885 §§ 12, 38.
[5]) Vgl. z. B. HGB. §§ 106, 162, 182, 198, 322.
[6]) ERG. Bd. 32 Nr. 101.
[1]) Komment. zu ZPO. §§ 20 ff. Wach §§ 35 ff. Planck §§ 14 ff. Schmidt § 45.

verständlichen Ausnahme (ZPO. § 20), ebensogut bei juristischen wie bei physischen Personen vorhanden sein können, und stehen dann auch für einen größeren Kreis von Klagen offen, die aus den verschiedensten Rechtsverhältnissen entspringen können. Auch sie sind „besondere" Gerichtsstände, da sie eben keine allgemeinen sind.

Einzelne von den besonderen Gerichtsständen sind gerade bei dem Gerichte begründet, bei welchem der Kläger seinen allgemeinen Gerichtsstand hat: so ZPO. § 22 (auch § 606), HGB. § 371[4].

Durchweg können in den besonderen Gerichtsständen nicht bloß Leistungs-, sondern auch die entsprechenden Feststellungsklagen erhoben werden.

Durch die besonderen Gerichtsstände wird dem Kläger die Rechtsverfolgung erleichtert; zuweilen spielt ein öffentliches Interesse mit (ZPO. § 24) oder die Rücksicht auf die Sicherheit, Leichtigkeit und Schnelligkeit tatsächlicher Ermittlungen und die dadurch bedingte Kostenersparnis (so bei den Gerichtsständen, die durch den Entstehungsort des Anspruchs bedingt sind, namentlich ZPO. § 32).

II. Historisch hängt ein bedeutender Teil der besonderen Gerichtsstände, wenigstens in ihrem Grundgedanken, mit aus dem römischen Rechte stammenden gemeinrechtlichen oder doch von einem verbreiteten Gerichtsgebrauche für gemeinrechtlich angesehenen Gerichtsständen zusammen,[2]) andere haben ihren Ursprung im französischen Rechte (ZPO. § 22) oder in deutschen Partikularrechten (ZPO. §§ 20, 21, 30, 34).

III. Die einzelnen besonderen Gerichtsstände.

1. Der Gerichtsstand des dauernden Aufenthaltes. ZPO. § 20. Er ist für alle gegen eine Person zu erhebenden vermögensrechtlichen Klagen bei dem Gerichte desjenigen Ortes begründet, an welchem sie ihren Aufenthalt zu einem Zwecke genommen hat, der seiner Natur nach einen Aufenthalt von längerer Dauer bedingt.[3])

Er endigt mit dem Verhältnisse, welches ihn veranlaßt hat (nach a. M.: erst mit der Endigung des Aufenthalts).[4]) Ununterbrochene Anwesenheit oder Anwesenheit gerade zur Zeit der Klagerhebung ist nicht erforderlich. Als Beispiele sind im Gesetz angeführt: der Aufenthalt als Dienstbote, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfe, Studierender, Schüler oder Lehrling. Andere Fälle: der Aufenthalt eines zu längerer Freiheitsstrafe Verurteilten in der Gefangenenanstalt, ein längerer Kuraufenthalt, der Aufenthalt zu persönlicher Leitung einer größeren Unternehmung. Nach a. M.[5]) darf der Gerichtsstand nur auf ähnliche Verhältnisse (Dienstleistung oder Ausbildung zu einem Berufe) ausgedehnt werden.

Für diejenigen Militärpersonen, für die nicht — nach BGB. § 9[2] — ein gesetzlicher Wohnsitz am Garnisonorte begründet ist, gilt der Garnisonort als Ort des Aufenthalts. Dabei ist ZPO. § 14 entsprechend anzuwenden. ZPO. § 20[2].

Der Gerichtsstand ist keineswegs beschränkt auf Ansprüche, die während des Aufenthaltes entstanden sind oder gar in Beziehung zu ihm stehen, sondern für alle vermögensrechtlichen Klagen gegeben.

2. Der Gerichtsstand der wirtschaftlichen Niederlassung. ZPO. § 21. Er ist bei dem Gerichte des Ortes begründet, an welchem eine

---

[2]) Wetzell § 41.

[3]) Ob dies zutrifft, ob (wie das Gesetz sagt) „die Verhältnisse ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen", ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. ERG. Bd. 30 Nr. 96.

[4]) So Seuffert.

[5]) Planck a. a. O.

Person zum Betrieb eines Gewerbes (insbesondere einer Fabrik oder Handlung) eine Niederlassung hat, von der aus Geschäfte nicht bloß vermittelt, sondern unmittelbar abgeschlossen werden, und zwar für alle gegen diese Person zu erhebenden Klagen, die auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben[6]) (nicht bloß Vertragsklagen, sondern auch z. B. Bereicherungsklagen, Deliktsklagen).[7])

ZPO. § 21[2] dehnt ihn entsprechend auf landwirtschaftliche Verhältnisse aus.

Eine Agentur z. B. oder eine Eisenbahnstation[8]) ist keine Niederlassung im Sinne des § 21.

3. Der Gerichtsstand der Mitgliedschaft, ZPO. § 22. In dem allgemeinen Gerichtsstande der Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder sonstigen Vereine können, solange sie bestehen, auch Klagen, die aus der Mitgliedschaft entspringen, erhoben werden: Klagen, die gegen die Mitglieder als solche (auch gegen ausgeschiedene)[9]) von seiten der Gesamtheit, und Klagen, die von Mitgliedern in dieser ihrer Eigenschaft gegeneinander erhoben werden.

4. Der Gerichtsstand des Vermögens, ZPO. § 23. Er ist ein Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen, der aber nur gegen solche Beklagten (gleichviel übrigens ob Inländer oder Ausländer) Platz greift, die keinen Wohnsitz im Deutschen Reiche, also entweder einen Wohnsitz nur im Auslande oder überhaupt keinen Wohnsitz haben. Er wird durch Vermögensbesitz im Inlande begründet.

Auf den Wert des Vermögensstückes (ZPO. §§ 803[2], 812) und darauf, ob es pfändbar (ZPO. §§ 811, 850 ff.), kommt nichts an. (So die herrschende,[10]) allerdings nicht unbestrittene, Meinung.)

Als Ort des Vermögens ist bei dinglichen Rechten an körperlichen Sachen der Ort anzusehen, an welchem sich die Sache befindet (und das ist der Aufenthaltsort des Beklagten, wenn er nur irgendwelches geldwerte Eigentum bei sich trägt), bei Forderungen (nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes) der Wohnsitz des Schuldners und, wenn zur Sicherheit für die Forderung eine Sache haftet, auch der Ort, wo diese sich befindet. (Auf welche Weise die Sache an ihren Ort gekommen, die Forderung [die auch eine Forderung des Beklagten gegen der Kläger sein kann][11]) entstanden ist, ist

---

[6]) Dazu ERG. Bd. 30 Nr. 96, Bd. 42 Nr. 93, Bd. 44 Nr. 87.

[7]) ERG. Bd. 23 Nr. 100.

[8]) ERG. Bd. 2 Nr. 107; auch nicht eine Eisenbahnbetriebsinspektion, ERG. Bd. 50 Nr. 98; wohl aber ein Eisenbahnbetriebsamt, S.A. Bd. 37 Nr. 66. — Läßt ein Kaufmann eine Fabrik als „Zweigniederlassung" im Handelsregister eintragen, so liegt darin die bindende Erklärung (HGB. §§ 5, 15), daß von ihr aus selbständig Geschäfte abgeschlossen werden. ERG. Bd. 50 Nr. 100.

[9]) ERG. Bd. 3 Nr. 108.

[10]) So namentlich ERG. Bd. 4 Nr. 115, Bd. 16 Nr. 96, Bd. 51 Nr. 37; dagegen besonders Planck, Seuffert, Petersen.

[11]) Doch kann es keine solche sein, die nur besteht, wenn die Klage unbegründet ist (z. B. die Forderung auf den Kaufpreis, wenn auf Wandelung geklagt ist). ERG. Bd. 3 Nr. 107, Bd. 27 Nr. 103. — Bestand die Forderung zur Zeit der Klagerhebung, so bleibt das Gericht zuständig (ZPO. § 263 Nr. 2), auch wenn sie nachher durch Aufrechnung getilgt wird (trotz der Fiktion des § 389 BGB.). Bei einem Kontokorrentverhältnis freilich kommt es nur auf den Saldo an. ERG. Bd. 44 Nr. 97.

gleichgültig.)[12]) Besondere gesetzliche Bestimmungen sind getroffen über den Ort eines Patentrechtes, Gebrauchsmuster-, Warenzeichenrechtes (z. B. s. Reichspatentgesetz vom 7. April 1891 § 12[1]).

Dieser Gerichtsstand beruht einerseits auf einer Erweiterung des dem „Landsassiate" zu Grunde liegenden Gedankens: es soll nicht bloß Grundbesitz, sondern jeder Vermögensbesitz im Inlande gerichtsunterworfen machen (AGO. Anh. § 34 ist denn auch unmittelbar hinter dem auf den Gerichtsstand des Landsassiates bezüglichen Paragraphen eingeschoben); auf der anderen Seite hängt er zusammen mit dem aus der italienischen Praxis stammenden gemeinrechtlichen Arrestforum, welches bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sich die zu arrestierende Person oder Sache befindet, durch den Arrestschlag auch für die zu sichernde Forderung selber hergestellt wird, wenn der Schuldner heimatlos, flüchtig oder ein Ausländer ist.

Unter sonst gleichen Voraussetzungen können auch (dingliche oder persönliche) Klagen um einen (nicht zum Vermögen des Beklagten gehörigen) Gegenstand beim Gerichte des Orts erhoben werden, an dem sich der Gegenstand[13]) befindet. ZPO. § 23.

5. Der dingliche Gerichtsstand. Er gilt nur für Klagen, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, und zwar ist er bei dem Gerichte begründet, in dessen Bezirk die Sache belegen ist.

Bei Klagen, die eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast oder ein Vorkaufsrecht betreffen, ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstückes maßgebend. ZPO. § 24[2].

Liegt die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte, so wird das zuständige Gericht durch das nächst höhere (ihnen gemeinsam nächstübergeordnete) Gericht bestimmt, ZPO. § 36 Nr. 4. (S. oben § 29 II.)

a) Dieser Gerichtsstand ist ein ausschließlicher — ZPO. § 24, vgl. GVG. § 20[14]) — für Klagen, durch welche geltend gemacht wird: das Eigentum, eine dingliche Belastung (wie: Erbbaurecht, Dienstbarkeit, gesetzliche Eigentumsbeschränkung, dingliches Vorkaufsrecht, Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld) oder die Freiheit des Eigentums von einer solchen Belastung (nicht also für Klagen, die auf Begründung eines noch nicht bestehenden oder Aufhebung eines bestehenden Rechtes gerichtet sind; aber nicht bloß für Feststellungsklagen, sondern auch für Klagen wegen Vorenthaltung des Besitzes oder sonstiger Beeinträchtigung),[15]) ferner für Grenzscheidungsklagen (BGB. §§ 919, 920, 923), für Klagen auf Eigentumsteilung (BGB. §§ 749, 752, 753) und für Besitzklagen. (BGB. §§ 861, 862, 869 und die entsprechenden §§ 1017, 1029, 1090.)[16])

b) Im dinglichen Gerichtsstande können mit Klagen, für die er nach ZPO. § 24 ausschließlicher Gerichtsstand ist, auch gewisse persönliche Klagen verbunden werden, die mit jenen in Zusammenhang stehen,

---

[12]) ERG. Bd. 16 Nr. 96.

[13]) Das kann auch eine Forderung sein (in einem Streit zweier Forderungsprätendenten); und der Ort der Forderung bestimmt sich auch hier nach § 23 Satz 2. ERG. Bd. 51 Nr. 62.

[14]) S. oben § 12 IV.

[15]) So die herrschende Meinung. Dagegen Hellwig, Anspruch S. 36.

[16]) Nicht aber für Forderungsklagen auf Einräumung des Besitzes.

vorausgesetzt daß sie gegen denselben Beklagten gerichtet sind; nämlich mit der Klage aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld die Schuldklage; mit der Klage auf Umschreibung oder Löschung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit; mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen. ZPO. § 25.

c) Selbständig können im dinglichen Gerichtsstande folgende persönliche Klagen erhoben werden: Klagen, die gegen den Eigentümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet sind (Anspruch auf Vorweisung BGB. § 809, wegen Einsturzes eines Gebäudes BGB. §§ 836, 837, vgl. § 908, auf eine Sache, die auf das Grundstück gelangt ist BGB. § 867, auf fällige Leistung aus einer Reallast BGB. § 1108 u. s. w.), Klagen wegen Beschädigung eines Grundstückes (insbesondere aus einer unerlaubten Handlung), und Klagen in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstückes. ZPO. § 26.

Es können hienach zwei dingliche Gerichtsstände konkurrieren: auf Grund der §§ 836, 837 BGB. kann gegen den Besitzer des Grundstückes, von dem der Schaden ausging, beim Gericht, in dessen Bezirk dieses Grundstück gelegen ist, es kann aber auch gegen ihn bei dem Gerichte, in dessen Bezirk das beschädigte Grundstück gelegen ist, Klage erhoben werden.

Ein forum rei sitae bestand bereits im römischen Rechte, aber sowohl für bewegliche wie für unbewegliche Sachen. Die Beschränkung des Gerichtsstandes auf Immobilien und seine Ausschließlichkeit für gewisse Klagen stammt aus dem mittelalterlichen deutschen Rechte und hatte sich in einzelnen Territorien dem römischen Rechte gegenüber behauptet.[17])

6. Der Gerichtsstand der Erbschaft. Er bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande, den der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte.

In diesem Gerichtsstande können erhoben werden:

a) Nach ZPO. § 27 Klagen, welche die Feststellung des Erbrechts, Ansprüche des Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen von Todes wegen (z. B. aus einer Auflage, einer Schenkung auf den Todesfall), Pflichtteilsansprüche oder die Teilung der Erbschaft zum Gegenstande haben.

Ist der Erblasser ein Deutscher und hatte er zur Zeit seines Todes keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande, so hilft ZPO. § 27[2].

b) Nach ZPO. § 28 Klagen wegen anderer Nachlaßverbindlichkeiten (BGB. §§ 1067 ff.) (z. B. vom Erblasser herrührende Schulden, Verbindlichkeiten aus Verträgen, die von den Erben im Interesse des ungeteilten Nachlasses geschlossen sind, Verbindlichkeiten aus ungerechtfertigter Bereicherung des Nachlasses); für diese Klagen aber ist, wenn ein Erbe vorhanden ist, der Gerichtsstand der Erbschaft nur so lange gegeben, als sich der Nachlaß oder ein Stück desselben im Bezirke des Erbschaftsgerichtes

[17]) Wetzell § 41 III.

befindet; wenn mehrere Erben vorhanden sind, nur so lange, als sie noch als Gesamtschuldner haften, BGB. §§ 2059 ff.

Nach anderer Meinung[18]) ist auch beim Vorhandensein mehrerer Erben der Gerichtsstand noch so lange gegeben, als sich ein Stück des Nachlasses im Gerichtsbezirk befindet.

7. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes. ZPO. § 20.[19]) Wo der Schuldner zu erfüllen verpflichtet ist, da kann er auf Erfüllung verklagt werden.

In diesen Gerichtsstand gehören nur Klagen, welche aus Vertrag[20]) entspringende Forderungen zum Gegenstande haben; im einzelnen: positive und negative Feststellungsklagen, Klagen auf Erfüllung sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung, Klagen auf Vertragsaufhebung.

Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Der Erfüllungsort bestimmt sich nach dem für sie maßgebenden bürgerlichen Recht (vgl. BGB. § 269).[21])

Entspringen aus einem Vertrage mehrere Verpflichtungen, wie insbesondere aus einem zweiseitigen Vertrage, so ist diejenige die streitige, deren Bestehen oder Nichtbestehen nach dem Klagantrag den Gegenstand der Entscheidung bilden soll.

Also die Verpflichtung des Beklagten, deren Erfüllung oder Feststellung begehrt, für deren Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung Ersatz gefordert wird;[22]) bei der negativen Feststellungsklage die eigene Verpflichtung des Klägers, deren Bestehen er bestreitet.[23]) Bei den Klagen auf Aufhebung eines Vertrages ist zu unterscheiden: wird die Aufhebung verlangt wegen Nichterfüllung oder wegen eines Mangels der Leistung des Beklagten (wie bei der Wandelungsklage), so ist die Verpflichtung des Beklagten der nächste Gegenstand des Streites;[24]) in den übrigen Fällen ist die eigene Verpflichtung des Klägers, von welcher er frei werden will, als die streitige Verpflichtung anzusehen. (Das letztere ist sehr bestritten. Nach anderer Meinung soll in jedem Falle die eigene Verpflichtung des Klägers maßgebend sein; nach einer mittleren Ansicht ist, wenn der Kläger nicht nur die Aufhebung des Vertrages verlangt, sondern auch die Rückerstattung des zur Vertragserfüllung schon Geleisteten, die Verpflichtung des Beklagten zur Rückgewähr die maßgebende streitige Verpflichtung.)[25]) Keine Aufhebungsklage begründet die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes wegen Verkürzung der Gläubiger.[26])

---

[18]) So Struckmann-Koch, Petersen.

[19]) Zu diesem Gerichtsstand gibt es eine verhältnismäßig reiche Literatur; Zusammenstellung bei Oelenheinz, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 89 S. 218.

[20]) Nicht also z. B. Forderungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung, aus auftragloser Geschäftsführung.

[21]) Anwendbar auch bei Forderungen auf Unterlassung. ERG. Bd. 51 Nr. 72.

[22]) ERG. Bd. 32 Nr. 112, Bd. 40 Nr. 118.

[23]) ERG. Bd. 10 Nr. 107.

[24]) Ausgeführt in meiner Abh. Z. Bd. 17 S. 21 ff. Ebenso Bozi, Z. Bd. 23 S. 296 ff. Dem Grundgedanken nach doch wohl übereinstimmend nun auch ERG. Bd. 53 Nr. 15.

[25]) So auch ERG. Bd. 27 Nr. 103, Bd. 50 Nr. 60; doch ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts schwankend.

[26]) ERG. Bd. 30 Nr. 123.

Das gemeinrechtliche forum solutionis galt auch für Quasikontraktsklagen und war anderseits an die Voraussetzung gebunden, daß der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung im Gerichtsbezirke sich aufhalte oder Vermögen besitze.[27])

8. Der Gerichtsstand für Meß- und Marktsachen.[28]) ZPO. § 30. Er ist bestimmt für Klagen aus Handelsgeschäften im Sinne des Handelsgesetzbuches (§ 343), die im Meß- und Marktverkehre, mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte, abgeschlossen werden. Zuständig ist das Gericht des Meß- oder Marktortes, aber nur unter der Voraussetzung, daß zur Zeit der Klagerhebung der Beklagte oder eine Person, die zu seiner Vertretung im Prozesse ermächtigt ist (z. B. ein Prokurist), am Orte oder im Bezirke des Gerichtes anwesend ist.

9. Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung.[29]) ZPO. § 31. Für Klagen, die aus einer Vermögensverwaltung vom Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder vom Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden; einerlei übrigens, auf welchem Grunde die Verwaltung beruht (ob auf Vertrag,[30]) Geschäftsführung, obrigkeitlicher Bestellung, familienrechtlichem Verhältnis, z. B. elterlicher Gewalt) und welches ihr Umfang ist,[31]) gleichviel auch, ob sie noch fortdauert oder schon zu Ende ist. Zuständig ist das Gericht des Ortes, von dem aus die Verwaltung geführt ist.

10. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung,[32]) ZPO. § 32 (das gemeinrechtliche forum delicti commissi),[33]) für Klagen aus unerlaubter Handlung, BGB. §§ 823 ff., d. h. aus einem schädigenden Verhalten, welches an sich rechtswidrig ist, und nicht bloß deshalb, weil es gegen eine in einem besonderen Rechtsverhältnisse begründete, namentlich eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung verstößt. Das Verhalten muß nicht notwendig ein strafbares, ja nicht einmal ein schuldhaftes sein (BGB. §§ 829, 833),[34]) auch muß nicht ein Verhalten des Beklagten die unmittelbare Ursache des Schadens sein; der Schaden kann unmittelbar auch auf einer anderen Ursache beruhen, für welche der Beklagte verantwortlich ist (BGB. §§ 831 ff.).

Besonders streitig ist die Natur der Anfechtungsklagen wegen Verkürzung der Gläubiger innerhalb und außerhalb des Konkurses. Sind sie sämtlich nicht Klagen aus unerlaubten Handlungen? Oder sind es doch wenigstens einzelne von ihnen? Nur die Klagen aus KO. § 31 (Anfechtungsgesetz § 3 Nr. 1, 2)?[35]) Oder auch die aus

---

[27]) Wetzell § 14 I.

[28]) v. Schrutka-Rechtenstamm, Z. Bd. 7 S. 62 ff. Stein bei Gruchot Bd. 28 S. 420.

[29]) Stein bei Gruchot Bd. 28 S. 422.

[30]) Z. B. Generalagentur einer Versicherungsgesellschaft. ERG. Bd. 20 Nr. 83.

[31]) Auch wenn sie sich nur auf einzelne Gegenstände beschränkt. S.A. Bd. 45 Nr. 44.

[32]) Korn, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (1885).

[33]) Nov. 69 c. 1. Wetzell § 41 II.

[34]) Diese Fälle bringt das Gesetz selbst unter den Begriff der „unerlaubten Handlung". Für die Regel wird allerdings daran festzuhalten sein, daß zu einer unerlaubten Handlung eine Verschuldung gehöre; der Anspruch aus § 1 des R.Haftpflichtgesetzes wäre danach kein Anspruch aus unerlaubter Handlung. ERG. Bd. 50 Nr. 102.

[35]) So die herrschende Meinung; vgl. auch ERG. Bd. 48 Nr. 92.

KO. § 30[36])? Ist es richtig, daß der gemeinsame wesentliche Grund aller der fraglichen Anfechtungsklagen die bloße Tatsache der Verkürzung der Gläubiger ist und daß nur der Kreis der aus diesem Grunde anfechtbaren Handlungen durch deren nähere Charakterisierung enger begrenzt werden soll, so sind die Klagen sämtlich nicht als aus unerlaubten Handlungen entspringend anzusehen.[37])

Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die Handlung begangen, d. h. der wesentliche Tatbestand eingetreten ist; sind wesentliche Tatumstände — einschließlich des Erfolges — in den Bezirken verschiedener Gerichte eingetreten, so sind diese sämtlich zuständig.[38])

Gerade der Erfolg ist es, der zivilrechtlich verantwortlich macht, und gerade der Kausalzusammenhang mit der unerlaubten Handlung kann streitig sein. Nach einer vielvertretenen Auffassung kommt es auf den Ort der Ausführung an (die als abgeschlossen gedacht wird mit dem Momente, in welchem die von der Tat ausgehende Wirkung auf das Objekt trifft), und ist der Ort des bloßen Erfolges gleichgültig.[39])

11. Gerichtsstand der Kostenklagen, sogen. Gerichtsstand des Zusammenhangs. Prozeßbevollmächtigte, Beistände, Zustellungsbevollmächtigte, Gerichtsvollzieher können ihre Klagen auf Gebühren und auf Erstattung von Auslagen beim Gericht (erster Instanz)[40]) des Hauptprozesses erheben. ZPO. § 34.

12. Das zuständige Gericht wird durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht bestimmt (ZPO. § 36 Nr. 1, 2, vgl. oben § 29 II):

a) Wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder tatsächlich verhindert ist.

„Tatsächlich" z. B. im Kriegsfall; über den Fall rechtlicher Verhinderung (bei Ausschließung, Ablehnung) unten § 83.

b) Wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei.

Z. B. die Grenze zweier Gerichtsbezirke durchschneidet ein Wohnhaus, eine Fabrik, ein Verwaltungsgebäude.

Die Bestimmung geht hier von dem gemeinsam den fraglichen Gerichten nächstübergeordneten Gerichte aus.

§ 31.

Gewillkürte Zuständigkeit.[1])

I. Soweit für die Regelung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit nur das Parteiinteresse maßgebend ist, können sich die Parteien frei-

[36]) Verneint auch in ERG. Bd. 21 Nr. 89 (vereinigte Zivilsenate).

[37]) So namentlich (mit Recht) Seuffert.

[38]) Nach a. M. greift, wenn sich die Handlung in verschiedenen Gerichtsbezirken abgespielt hat, ZPO. § 36 Nr. 2 Platz. (Auch die Ansicht der Motive.)

[39]) Die Frage nach dem Deliktsort ist auch für Strafrecht und Strafprozeß bedeutsam; Literatur bei v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts (12. Aufl. 1903) § 31.

[40]) ERG. Bd. 29 Nr. 111.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 38—40. Wach § 43. Planck § 21. Schmidt § 46. Deybeck, Der Gerichtsstand der Vereinbarung (1888). Im übrigen s. die Zusammenstellung der Literatur in den Komment. zu §§ 38 und 39 (so besonders bei Seuffert).

willig der Entscheidung eines nach den gesetzlichen Regeln nicht zuständigen Gerichtes unterwerfen; durch die freiwillige Unterwerfung wird die Zuständigkeit eines an sich — in sachlicher oder örtlicher Hinsicht — nicht zuständigen Gerichtes begründet. Die freiwillige Unterwerfung heißt *Prorogation*; ein dadurch geschaffener Gerichtsstand heißt *prorogierter* oder *gewillkürter* Gerichtsstand.

„Forum prorogatum." Der Gedanke der Prorogation stammt aus dem römischen Rechte; die gemeinrechtliche Praxis hatte ihr anfänglich Widerstand entgegengesetzt, weil sie darin einen unstatthaften Eingriff in die Rechte des zuständigen Gerichtsherrn erblickte; der Ausdruck „Prorogation" ist dem kanonischen Rechte entnommen.

II. *Zulässig* ist die freiwillige Unterwerfung 1. nur unter ein Gericht *erster* Instanz, 2. nur für *vermögensrechtliche* Klagen und nur für solche vermögensrechtliche Klagen, für die keine ausschließliche Zuständigkeit begründet ist. ZPO. §§ 38, 40.

Zu eng redet § 40[2] nur von ausschließlichem „Gerichtsstand". — Zulässig ist auch die Unterwerfung unter ein inländisches Gericht, wo ein ausländisches, die Unterwerfung unter ein ausländisches, wo ein inländisches zuständig wäre, sogar die *ausschließliche* Unterwerfung unter ein ausländisches Gericht, vorausgesetzt jedoch, daß sie auch nach dem ausländischen Recht zulässig ist (weil sonst der Rechtsweg überhaupt ausgeschlossen wäre).

Nach Gewerbegerichtsgesetz § 6[1] (Fassung von 1901) wird durch die Zuständigkeit eines Gewerbegerichts die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte *ausgeschlossen*.

Im übrigen spielt bei der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung ein öffentliches Interesse mit, und ist daher eine abweichende Vereinbarung der Parteien unzulässig. Hienach sind die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln zum Teile zwingend; zum größeren Teile aber sind sie nachgiebig: sie gelten nicht für den Fall, daß die Parteien sich über die Zuständigkeit eines anderen Gerichtes einigen.

III. Die Unterwerfung kann erfolgen: 1. im Wege der Vereinbarung, 2. durch tatsächliche Einlassung.

1. Die *Vereinbarung* kann eine ausdrückliche sein oder eine stillschweigende, eine mündliche oder schriftliche; sie kann vor der Klageerhebung oder erst nachher abgeschlossen sein; sie ist unwirksam, wenn sie sich nicht auf ein *bestimmtes* Rechtsverhältnis und die daraus entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht. ZPO. § 40[1].

Auch schon nach späterem gemeinen Rechte wird durch die außerprozessuale Vereinbarung die Zuständigkeit des Gerichtes unmittelbar begründet; nach römischem Rechte wird sie erst hergestellt durch die auf Grund der Vereinbarung vollzogene Litiskontestation, und kann die Erfüllung eines vorher abgegebenen Prorogationsversprechens durch Konventionalstrafe gesichert, nicht aber kann sie direkt erzwungen werden.

Die Vereinbarung kann darauf gehen, daß das Gericht *ausschließlich* oder daß es *neben* dem gesetzlich zuständigen Gericht zuständig werden solle.

Das erstere ist so sehr die Regel, daß im Zweifel der Vertrag in diesem Sinne auszulegen sein wird.[2])

2. Ein an sich unzuständiges Gericht wird aber auch dadurch zuständig, daß auf die bei ihm erhobene Klage der Beklagte sich tatsächlich einläßt, daß er zur Hauptsache mündlich verhandelt, ohne in gesetzlich zulässiger Weise die Unzuständigkeit geltend zu machen. ZPO. § 39.[3])

Es wird nicht zuständig durch die Verhandlung über andere prozessuale Voraussetzungen der Klage; es wird auch nicht schon dadurch zuständig, daß der Beklagte ausbleibt oder überhaupt nicht verhandelt (jetzt allgemein angenommen).[4])

Der Beklagte kann aber (nach ZPO. § 274, vgl. § 504) auch noch nach Beginn der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache die Unzuständigkeit geltend machen, wenn er glaubhaft macht, daß er dazu ohne sein Verschulden nicht im stande war; er kann es also, wenn er glaubhaft macht, daß er sich in einem entschuldbaren Irrtum über die Zuständigkeit befand; ZPO. § 274[2]. Nach einer anderen Auffassung wird durch den Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache das Gericht gemäß ZPO. § 39 unbedingt zuständig, und damit die nachträgliche Erhebung der Einrede der Unzuständigkeit schlechthin unzulässig.[5])

Kompetenzgrund ist hier die in der Klagerhebung einerseits, der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache anderseits gelegene tatsächliche Unterwerfung der Parteien unter das an sich nicht zuständige Gericht.

Der Kompetenzgrund ist nicht die Vereinbarung der Parteien; denn das Gericht wird auch zuständig, wenn der Kläger irrtümlich seine Zuständigkeit angenommen oder wenn sich der Beklagte in einem unentschuldbaren Irrtum über seine Zuständigkeit befunden hat. — Das Gesetz bedient sich der Fiktion: „Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen", ZPO. § 39, um für beide Arten der Prorogation Zulässigkeit und Wirkung gemeinsam zu regeln.

Die Anschauung, daß die bloße Tatsache der Einlassung das Gericht zuständig mache, war vielfach schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis vertreten. Das reine römische Recht verlangt freilich eine Vereinbarung, und diese wird durch irrtümliche Annahme der Zuständigkeit ausgeschlossen.

Wenn die Parteien die Unzuständigkeit des Gerichtes nicht mehr rügen können, die Rüge der Unzuständigkeit „präkludiert" ist, und auch das Gericht nicht von Amts wegen die Klage von sich abweisen kann, so ist das an sich unzuständige Gericht zum zuständigen Gerichte geworden.

---

[2]) Daß allerdings keine Rechtsvermutung dafür bestehe, wird fast allgemein angenommen. — Statthaft ist auch eine Vereinbarung, daß von mehreren gesetzlich zuständigen Gerichten eines allein zuständig sein solle. S.A. Bd. 49 Nr. 260 (RG.).

[3]) Zu diesem Paragraphen gibt es eine sehr reiche Literatur, hauptsächlich angeregt durch Wachs Abh. im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 62 S. 373 ff.; vgl. besonders noch Bülows (gleichzeitige) Abh. daselbst S. 41 ff. und Bd. 64 S. 31 N. 20. Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 und 247 der R.ZPO. (1881). Fitting, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 222 ff. Kohler, daselbst Bd. 70 S. 212 ff. (auch Gesammelte Beiträge S. 80 ff.). — Konstruktive Fragen auch bei Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit u. s. w. nach dem neuesten österreich. ZPRecht (1897), und dazu Trutter in Z. Bd. 24 S. 273 ff.

[4]) S. Wach, Handb. S. 504 ff.; das Gegenteil war von Wach früher hergeleitet worden aus der Annahme, daß lediglich die Präklusion der Unzuständigkeitsrüge den Kompetenzgrund bilde. Vgl. unten die Lehre vom Versäumnisverfahren (§ 93).

[5]) Komment. zu ZPO. § 274.

Nach einer anderen Theorie bleibt das Gericht zuständig, wird aber trotzdem zur Entscheidung befugt[6]) (nach der hier vertretenen Auffassung ist es eben darum „zuständig"). Eine dritte Ansicht[7]) geht dahin, daß, soweit eine Prorogation möglich, ein jedes Gericht an sich zuständig („bedingt zuständig") sei, und erst dadurch unzuständig werde, daß der Beklagte mit Erfolg die Einrede der Unzuständigkeit erhebe (nach der hier vertretenen Auffassung ist das Gericht unzuständig, so lange der Beklagte mit Erfolg die Einrede der Unzuständigkeit erheben kann, und ist nur, soweit eine Prorogation möglich, ein jedes Gericht fähig, zuständig zu werden).

IV. Das Gericht kann der Prorogation nicht widersprechen; es wird durch die zulässige Prorogation der Parteien zuständig, es mag wollen oder nicht.

Nach römischem und gemeinem Rechte kann das Gericht, trotz des Einverständnisses der Parteien, die Sache von sich abweisen; jedoch nicht mehr, wenn es sie (wiewohl irrtümlicherweise) angenommen hat.

V. Der Antrag auf Verweisung von der Kammer für Handelssachen an die Zivilkammer, von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen ist nur vor der Verhandlung des Antragstellers „zur Sache" (nicht bloß zur Hauptsache, sondern auch vor einer Verhandlung über die prozessualen Klagvoraussetzungen) zulässig. GVG. § 106. Von Amts wegen kann die Kammer für Handelssachen den Rechtsstreit vor die Zivilkammer nur so lange verweisen, als nicht eine Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. GVG. § 103.

Dabei handelt es sich allerdings (da nicht verschiedene Gerichte in Frage kommen) nicht um Prorogation im eigentlichen Sinne, aber doch um eine analoge Erscheinung.

Zweites Buch.

Die Urteilsgrundlage.

1. Kapitel.

Die Urteilsgrundlage nach ihrem Inhalte.[1])

§ 32.

Der Inhalt der Verhandlung im allgemeinen.[2])

I. Die Beschaffung des Prozeßstoffes, der tatsächlichen Urteilsgrundlage, ist Sache der Parteien (Verhandlungsmaxime, vgl. oben § 4). Nicht soll und nicht darf das Gericht von Amts wegen den Sach-

---

[6]) Birkmeyer a. a. O.

[7]) Fitting a. a. O.

[1]) Die in diesem Abschnitt behandelten Materien sind zum Teil erörtert in dem Werke Stölzels, Schulung für die zivilistische Praxis Bd. 1 in 5. Aufl., Bd. 2 in 3. Aufl. (1902), auf welches gleich hier besonders hingewiesen werden mag.

[2]) Wetzell § 43. Planck § 41. Schmidt § 72. Gaupp-Stein vor ZPO. § 128 (wo auch weitere Literaturangaben). Komment. zu ZPO. § 308. Wach, Vorträge S. 52 ff. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis § 4.

verhalt erforschen; für dessen Klarlegung sorgt am besten die eigene, von entgegengesetzten Interessen getriebene Tätigkeit der Parteien.

1. Daß an die Anträge der Parteien das Gericht gebunden ist (ZPO. § 308, darüber das Nähere in der Lehre vom Urteil unten § 54 VI), folgt aus der privatrechtlichen Natur des Streitgegenstandes, aus der Verfügungsfreiheit der Parteien auf dem Gebiete ihrer privatrechtlichen Interessen. Nicht bloß ob sie, sondern auch inwieweit sie zum Schutz ihrer privatrechtlichen Interessen die Hilfe des Staates begehren wollen, ist ihrem eigenen Ermessen anheimgegeben; der Staat drängt ihnen seine Hilfe nicht auf.

2. So ist für den Gegenstand und Umfang des Urteils der Wille der Parteien maßgebend; er ist es bis zu einem gewissen Grade auch für seine tatsächliche Grundlage. Das Gericht darf bei seinem Urteile nur solche Tatsachen berücksichtigen, welche die Parteien behauptet haben; es muß die Tatsachen als feststehend seinem Urteile zu Grunde legen, die sie übereinstimmend als wahr behaupten; es darf sich zur Prüfung der Wahrheit oder Unwahrheit ungewisser und streitiger tatsächlicher Parteibehauptungen, im Prinzipe wenigstens, nur solcher Beweismittel bedienen, welche die Parteien ihm dargeboten haben.

Daß die Regeln unter 1. und 2. nicht (wie vielfach gelehrt wird) notwendig miteinander zusammenhängen, lehrt schon das historische Beispiel der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung. Trotz der privatrechtlichen Natur des Streitgegenstandes kann dem Gerichte zur Pflicht gemacht sein, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen; und wenn es ihm zur Pflicht gemacht ist, so ist damit noch nicht den Parteien die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand entzogen und können also doch für den Gegenstand und Umfang der Entscheidung die Parteianträge maßgebend sein. Der Satz endlich: ne procedat iudex ex officio (s. oben § 4), der in die Lehre vom Prozeßbetrieb (unten § 68) gehört, ist wahr nur für den Beginn des Prozesses, aber nur halbwahr für seinen Fortgang: richtig ist nur, daß nicht gegen den Willen der Parteien der Prozeß fortgesetzt werden kann.

II. Die Erklärungen und Gegenerklärungen der Parteien, durch die sie bestimmend auf die Entscheidung über die Klage einwirken wollen, bilden in ihrer Gesamtheit die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit. Ihre Form ist die mündliche (ZPO. § 128; vgl. oben § 4 V; das Genauere hierüber s. unten §§ 47 f). Was ihren Inhalt im einzelnen angeht, so setzt sie sich zusammen: aus den Anträgen der Parteien, der tatsächlichen und rechtlichen Begründung derselben (und dazu gehört auch die Erklärung auf die tatsächlichen Behauptungen des Gegners), den etwaigen Beweisantretungen, d. h. der Angabe der Beweismittel, deren sich eine Partei „zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will" und den Erklärungen „über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel". ZPO. § 282.

III. Für eine jede Verhandlung ist ein Parteiantrag unerläßlich. „Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien

ihre Anträge stellen". ZPO. § 137[1]. Die Anträge sind formell auf eine Entscheidung des Gerichtes — eine dem Antragsteller *günstige* Entscheidung — gerichtet.

1. Der Antrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites deckt sich regulärerweise mit dem Klagantrag.

Inwieweit Abweichungen davon zulässig, ist später (in der Lehre von der Klagänderung, unten § 88a) zu erörtern.

2. Gegenüber dem Klagantrag kann sich der Beklagte in verschiedener Weise verhalten. Entweder a) erkennt er den Klaganspruch an oder b) er bestreitet ihn und beantragt die Abweisung der Klage oder c) er verhandelt überhaupt nicht.

3. Analoge Möglichkeiten ergeben sich für den Kläger. Es kann sein, daß der Beklagte verhandelt, aber nicht der Kläger; dem Anerkenntnis des Beklagten entspricht der Verzicht des Klägers auf seinen Anspruch.

4. Endlich kann es sein, daß sich die Parteien über den Klaganspruch vergleichen.

Natürlich sind auch Kombinationen möglich; insbesondere kann der Beklagte den Klaganspruch teilweise anerkennen, teilweise bestreiten, der Kläger teilweise darauf verzichten. Auch kann es sein, daß anfänglich die Parteien streiten, und es nachträglich erst zu einem Anerkenntnisse, Verzichte oder Vergleiche kommt.

Wenn im Termine zur mündlichen Verhandlung eine Partei nicht erscheint, oder zwar erscheint, aber überhaupt nicht verhandelt, so ist sie „säumig", und der erschienene Gegner kann gegen sie ein Versäumnisurteil beantragen; der Prozeß entwickelt sich damit zum „Versäumnisverfahren" (ZPO. §§ 330 ff.). Von diesem wird noch besonders die Rede sein (unten § 93).

§ 33.

Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich.[1])

I. *Anerkenntnis*[2]) (ZPO. § 307) ist die Erklärung des Beklagten: die Klage sei begründet (der erhobene Anspruch gerechtfertigt). *Verzicht* (ZPO. § 306), im prozessualen Sinne, ist die Erklärung des Klägers: seine Klage sei unbegründet (sein Anspruch nicht gerechtfertigt).

Bei der positiven Feststellungsklage beziehen sich Anerkenntnis und Verzicht auf das streitige *Rechtsverhältnis*.

Eine andere Frage ist, ob auf Grund des Anerkenntnisses das Anerkenntnisurteil (ZPO. § 307) verlangt werden könne. Es kann nicht verlangt werden, wenn es an einer prozessualen Klagvoraussetzung, aber auch nicht, wenn es an einer Klagbarkeitsvoraussetzung (oben § 20), also wenn es bei der Feststellungsklage an dem

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 794, 306, 307 (besonders *Gaupp-Stein*). *Planck* §§ 58, 62. *Schmidt* § 68 III, § 76. *Kohler*, Z. Bd. 29 S. 34 ff.

[2]) *Demmler*, Gerichtliches Geständnis von Rechtsverhältnissen (1895). *Degenkolb*, Das Anerkenntnisurteil (Dekanatsprogramm 1902).

rechtlichen Interesse fehlt. Darum darf aber die Definition des Anerkenntnisses nicht auf das Urteilsbegehren abgestellt werden. (So Flechtheim, Z. Bd. 25 S. 416: „Anerkennung des Anspruchs sei Anerkennung der Rechtmäßigkeit des (in der Klage gestellten) Verlangens nach günstigem Urteil".)

Bei der negativen Feststellungsklage ist die Erklärung des Beklagten, die Klage sei begründet, inhaltlich Verzicht, die Erklärung des Klägers, sie sei unbegründet, inhaltlich Anerkenntnis.

Vergleich[3]) heißt „der Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist". BGB. § 779.

Es ist indes auch die Meinung vertreten, daß der Begriff des Prozeßvergleiches ein völlig anderer sei.[4])

II. Anerkenntnis und Verzicht sind nicht, wie die entsprechenden außergerichtlichen Geschäfte (vgl. BGB. § 781), Verträge, sondern einseitige Parteierklärungen, die zu ihrer Wirksamkeit nicht der Annahme von seiten des Gegners bedürfen.

Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich sind Bestandteile der mündlichen Verhandlung. Sie sind in das Verhandlungsprotokoll aufzunehmen. ZPO. § 160[2] Nr. 1.

Bezüglich des vorbereitenden schriftlichen Verfahrens ZPO. § 350 Nr. 2, s. unten § 52.

III. Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich sind zugleich materielle Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen.[5]) Weil sie materielle Rechtsgeschäfte sind, können sie angefochten werden aus den Gründen, die das bürgerliche Recht bestimmt (Irrtum, Betrug, Zwang).[6]) Weil der Vergleich Prozeßhandlung ist, so ist er nicht darum ungültig, weil er der Form entbehrt, die sonst nach bürgerlichem Recht für ein darin enthaltenes Rechtsgeschäft erforderlich wäre.[7])

---

[3]) Aus der Spezialliteratur: Kretschmar, Der Vergleich im Prozeß (1896). Paul, Der Vergleich im Zivilprozeß (1898, auch Beilage z. Sächs. Archiv). Wolff, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 158 ff.

[4]) Paul a. a. O.; dagegen Kohler a. a. O. S. 39 ff., der aber doch (S. 42) einen weiteren Begriff des Prozeßvergleiches annimmt. Wenn in der Praxis nicht selten Vergleiche vorkommen, die nur Anerkenntnis oder Verzicht enthalten (Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 41), so läßt sich das wohl immerhin noch insofern mit dem Begriffe des Vergleiches vereinbaren, als der Gegner davon absteht, ein gerichtliches Urteil zu verlangen, wozu er unter allen Umständen (ZPO. §§ 306 f.) berechtigt wäre.

[5]) Darüber besonders Kohler a. a. O. Daß Anerkenntnis und Verzicht materielle Rechtsgeschäfte seien, bestreitet Hellwig, Anspruch S. 158; auch Seuffert zu ZPO. § 307.

[6]) BGB. §§ 119, 123; hinsichtlich des Vergleiches: ERG. Bd. 37 Nr. 124. Ist auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes Urteil (ZPO. §§ 306, 307) ergangen, so kann selbstverständlich die Anfechtung nur durchgeführt werden, wenn das Urteil angefochten wird (eventuell ZPO. §§ 580 Nr. 4). — Vgl. im übrigen unten §§ 75, 76.

[7]) ERG. Bd. 48 Nr. 41. Dronke, Z. Bd. 30 S. 47 ff.

IV. Der Vergleich endigt unmittelbar den Rechtsstreit, und der protokollierte Vergleich ist Vollstreckungstitel, sofern er die Übernahme einer Verbindlichkeit enthält (ZPO. § 794 Nr. 1).

Anerkenntnis und Verzicht dagegen endigen für sich allein den Rechtsstreit formell nicht, sind kein Ersatz des Urteils, es kommt ihnen keine materielle Rechtskraft zu, das Anerkenntnis ist kein Vollstreckungstitel. Aber auf Grund des Anerkenntnisses kann der Kläger ein dem Inhalte desselben entsprechendes Urteil (Verurteilung oder Feststellung), auf Grund des Verzichtes der Beklagte die Abweisung der Klage verlangen. ZPO. §§ 306, 307.[8])

Im römischen Zivilprozeß dagegen hatte die confessio in iure unmittelbar Urteilswirkung: „confessus pro iudicato est."[9])

Weil das Anerkenntnis wie der Verzicht dem Gerichte gegenüber erklärt werden und keinen anderen prozessualen Zweck haben können, als den, daß sie das Gericht seinem Urteil zu Grunde lege, so könnte man auch definieren: Anerkenntnis ist die Erklärung des Beklagten, daß der Anspruch dem Gericht als bestehend, Verzicht die Erklärung des Klägers, daß der Anspruch dem Gericht als nicht bestehend gelten solle. Daß eine solche Erklärung für das Gericht maßgebend ist, folgt aus der Verfügungsbefugnis der Parteien.

Bestand der Anspruch in Wahrheit nicht, so ist er durch das Anerkenntnis geschaffen worden, und durch den Verzicht geht der Anspruch unter, wenn er in Wahrheit bestanden haben sollte. Nur das hat beim Anerkenntnisse das Gericht zu prüfen, ob der eingeklagte Anspruch ein rechtlich statthafter sei. Eine auf ein unerlaubtes Geschäft gegründete Klage darf unter keinen Umständen Erfolg haben.

V. Anerkenntnis und Verzicht beziehen sich auf den Klaganspruch selber, geben also für sich allein schon eine ausreichende Grundlage des Urteils; darin unterscheiden sie sich von dem (seinem prozessualen Wesen nach ihnen gleichartigen) gerichtlichen Geständnisse, das immer nur einzelne, tatsächliche Voraussetzungen zum Gegenstande hat, von welchen Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs abhängt.

VI. Mit dem Anerkenntnisse unterwirft sich der Beklagte dem Klagantrage und ist nicht mehr in der Lage, selbst einen Antrag zu stellen. Der Verzicht läßt wohl die Klage und die Anhängigkeit des Rechtsstreites fortbestehen und unterscheidet sich dadurch von der Rücknahme der Klage (ZPO. § 271), aber er ist unvereinbar mit der Aufrechthaltung des Klagantrages. Anerkenntnis und Verzicht ergeben also Verhandlungen mit nur einseitigem Antrag.[10])

---

[8]) Vgl. unten § 55.
[9]) L. 1 D. de confess. (32, 2); vgl. Keller-Wach, D. röm. Zivilproz. § 63.
[10]) S. unten § 35 II 3.

§ 34.

Kontradiktorische Verhandlung.

I. Bestreitet der Beklagte den Anspruch, so setzt er dem Klagantrag den Antrag auf Abweisung der Klage entgegen, zu einer Streitverhandlung, „einer kontradiktorischen Verhandlung" sind zwei einander widersprechende Parteianträge notwendig. Bei den folgenden Erörterungen über die Begründung dieser Anträge wird zunächst von dem Falle ausgegangen, daß der Kläger einen fälligen Leistungsanspruch geltend macht.

II. Um seinen auf Verurteilung des Beklagten gerichteten Antrag zu begründen, muß der Kläger bestimmte Tatsachen behaupten, mit denen nach objektivem Recht die Entstehung des geltend gemachten Anspruches verknüpft ist. Regulärerweise decken sich diese Tatsachen im *wesentlichen* mit dem in der Klage bezeichneten Klaggrunde (oben § 19).

Inwieweit Abweichungen möglich sind, ergibt sich aus der Lehre von der Klagänderung (unten § 88a).

III. Der Beklagte kann nun den Anspruch des Klägers aus *rechtlichem* oder aus *tatsächlichem* Grunde bestreiten.

1. Eine Bestreitung aus rechtlichem Grunde (durch „Rechtsausführung") ist wiederum in verschiedenem Sinne möglich. Der Beklagte kann die Geltung oder er kann die Anwendbarkeit eines Rechtssatzes bestreiten, auf den sich der Kläger zur Begründung seiner Klage berufen hat.

Er bestreitet, daß der Rechtssatz überhaupt je in Geltung gewesen, oder behauptet, daß er zwar gegolten habe, aber durch einen anderen Rechtssatz wieder aufgehoben sei. Er bestreitet, daß der Rechtssatz den Sinn habe, welchen ihm der Kläger beilegt, er gibt ihm eine andere Auslegung. Er bestreitet, daß der Rechtssatz in Rücksicht auf sein sachliches[1]) oder zeitliches oder räumliches Geltungsgebiet im vorliegenden Falle anwendbar sei. Er führt aus, daß die vom Kläger behaupteten Tatsachen, sollten sie auch wahr sein, doch den Tatbestand des Rechtssatzes nicht erfüllen: daß die Begriffsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes nicht auf sie zutreffen, oder daß ein wesentliches Tatbestandsmoment vom Kläger nicht behauptet sei.

2. Die *Tatsachen*, aus denen der Kläger die Entstehung seines Anspruches herleitet, kann der Beklagte entweder bestreiten oder zugestehen.

3. Aus den „an sich" anspruchsbegründenden Tatsachen folgt nicht notwendig, daß der Anspruch auch wirklich bestehe. Sind sie vorhanden, so können doch andere Tatsachen eingetreten sein, die das Bestehen des Anspruches ausschließen. Die Behauptung einer solchen — den anspruchsbegründenden Tatsachen („den Klagtatsachen") gegenüber selbständigen — Tatsache ist eine „Einwendung", eine „Einrede" in dem weiteren Sinne, in welchem sich die Zivilprozeßordnung, *abweichend* vom Bürgerlichen Gesetzbuch, dieses Wortes bedient (vgl. z. B. ZPO. §§ 146, 278).[2])

---

[1]) Z. B. es fragt sich, ob Handelsrecht anzuwenden.

[2]) *Wach*, Z. Bd. 27 S. 8 ff. *Kohler*, Z. Bd. 29 S. 29 ff. — Über den Be-

Einrede im Sinne der ZPO. ist hienach die vom Beklagten aufgestellte Behauptung eines Tatbestandes, der mit dem anspruchsbegründenden Tatbestande vereinbar, mit dem Bestehen des Anspruches aber unvereinbar ist.

Die Einrede kann sich auf eine Tatsache gründen, welche die Entstehung des Anspruches hindert, wiewohl die regulären Entstehungstatsachen gegeben sind (z. B. Simulation, BGB. § 117), oder auf eine Tatsache, die ihn aufhebt (z. B. Zahlung, Erlaß), oder sie kann sein die Vorbringung einer Einrede in dem materiellrechtlichen Sinne des BGB., d. h. eines Rechtes, die an sich geschuldete Leistung zu verweigern (z. B. BGB. §§ 222, 273, 320, 321, 478). Vgl. aber hiezu unten § 38.

Die Einreden können dauernde sein (peremtorische), oder vorübergehende (dilatorische).

Prozessualisch besteht ein Unterschied zwischen Einreden im materiellrechtlichen Sinne und Einwendungen insofern nicht, als jedenfalls der Anspruch, gegen den eine Einrede geltend gemacht ist, einem aufgehobenen Anspruche gleichsteht. Aber die Einrede (im materiellrechtlichen Sinne) kann nur Beachtung finden, wenn sie vom Einredeberechtigten geltend gemacht ist, während die Klage sich als von vornherein unbegründet darstellt, wenn aus dem Vorbringen des Klägers sich eine anspruchshindernde oder anspruchsaufhebende Tatsache ergibt.

Der Unterschied der dauernden und der vorübergehenden Einrede ist prozessualisch insofern bedeutsam, als die Abweisung der Klage auf Grund einer vorübergehenden Einrede der erneuten Geltendmachung des Anspruches nicht entgegensteht.

Wie die ZPO., so hat auch seither die Zivilprozeßliteratur unter Einrede jedwede Einwendung verstanden.

Die Anfechtung eines Rechtsgeschäftes hat zur Folge, daß es als von Anfang an nichtig anzusehen ist, BGB. § 142, die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie sich aufrechenbar einander gegenübergetreten sind, BGB. § 389. Anfechtung und Aufrechnung begründen hienach keine Einreden im engeren materiellrechtlichen Sinne (wenigstens nicht nach dem Sprachgebrauche des BGB.).

IV. Einer Einrede des Beklagten gegenüber kann sich aber der Kläger ganz so verhalten, wie gegenüber der Klage der Beklagte. Er kann ihr mit Rechtsausführungen entgegentreten, die sie an sich begründenden Tatsachen, die Einredetatsachen, kann er bestreiten oder zugestehen. Die anspruchsausschließende Wirkung der Einredetatsachen kann aber wiederum durch andere selbständige Tatsachen ausgeschlossen sein, so daß der Anspruch dennoch besteht; solche der Einrede gegenüber selbständige Tatsachen kann der Kläger als „Repliken" geltend machen.

Z. B. der Beklagte beruft sich auf Erlaß, der Kläger macht geltend, daß dieser erzwungen oder durch arglistige Täuschung zu stande gebracht sei.

Dagegen ist wieder ein gleichartiges Verhalten des Beklagten möglich; insbesondere kann er dagegen wiederum selbständige Tatsachen, „Dupliken", geltend machen, dagegen sind Tripliken des Klägers denkbar und so fort.

---

griff der Einrede nach dem BGB.: Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem BGB. (1903), wo Angabe der Literatur.

V. Bei der positiven Feststellungsklage beschränkt sich die Klagbegründung auf die Tatsachen, von denen die Entstehung des fraglichen Rechtsverhältnisses abhängt; dagegen sind gleichfalls Einreden, auch Einreden im materiellrechtlichen Sinne möglich, ausgenommen selbstverständlich solche, die sich nur gegen das Verlangen einer Leistung richten, das festzustellende Rechtsverhältnis selbst aber nicht berühren.

Die Begründung einer negativen Feststellungsklage kann so mannigfaltig sein, wie die Verteidigung gegen die Geltendmachung des streitigen Rechtsverhältnisses. Der Kläger kann bestreiten, daß das Rechtsverhältnis entstanden, oder er kann behaupten, daß es durch eine Einrede ausgeschlossen sei.

VI. Wenn die Klagbarkeit von einer besonderen tatsächlichen Voraussetzung abhängt, so ist auch diese vom Kläger zu behaupten. Bei einer Feststellungsklage muß er die Umstände darlegen, aus denen er das rechtliche Interesse an der Feststellung herleitet; er muß die besonderen Umstände angeben, auf Grund deren er die Verurteilung zu künftiger Leistung verlangt.[3])

Es gibt aber auch Einreden, die sich speziell gegen die Klagbarkeit richten. Dieser Art ist die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache,[4]) der sich darauf gründet, daß der Beklagte wegen dieses Anspruchs bereits dem Kläger rechtskräftig verurteilt worden sei; denn der Kläger hat dann (von Ausnahmefällen abgesehen, wie z. B. Vernichtung des Urteils durch Brand)[5]) kein Interesse an der Klage.

Eine Einrede gegen die Klagbarkeit ist die auf BGB. § 1958 gegründete: vor Annahme der Erbschaft kann ein gegen den Nachlaß gerichteter Anspruch nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden (die Einrede steht nicht bloß einer Leistungsklage, sondern auch einer Feststellungsklage entgegen).

Auch wäre wohl hieherzuziehen die Einrede auf Grund des BGB. § 1394.[6])

Eine Einrede gegen die Klagbarkeit ist ferner vielleicht die Einrede der Verjährung (BGB. § 222), was allerdings der herrschenden Ansicht widerspricht.[7])

Möglich wäre eine Verabredung, daß nur die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs für immer oder zweitweise unterbleiben solle (nicht: daß er gestundet oder erlassen sein solle; eine solche Verabredung stünde z. B. einer Aufrechnung nicht entgegen.)

VII. Die Zerlegung des Gesamttatbestandes, von dem das Bestehen oder Nichtbestehen des Klaganspruches abhängt, seine Zerlegung in Klaggrund, Einreden, Repliken u. s. w. hat ihre praktische Bedeutung hauptsächlich auf dem Gebiete des Beweises und wird darum noch in der Lehre vom Beweise näher zu erörtern sein.

---

[3]) S. oben §§ 18, 20.
[4]) So schon meine „Hauptintervention" § 18 bei Note 20, § 21 II.
[5]) Ausführlich darüber Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes § 8.
[6]) Darüber Hellwig, Anspruch S. 125, 405.
[7]) Hellwig a. a. O. § 2 N. 22.

§ 35.

Tatsächliche Parteierklärungen.

(Gerichtliches Geständnis, Substanziierung, Erklärungszwang, Offenkundige Tatsachen.)

I. Die Erklärung auf eine tatsächliche Behauptung des Gegners kann Bestreitung sein oder „gerichtliches Geständnis".

II.[1]) Geständnis ist die Erklärung einer Partei, daß ein vom Gegner behaupteter, ihr selbst nachteiliger Umstand wahr sei.

1. Eine solche Erklärung ist ein gerichtliches Geständnis, wenn sie ein Stück der mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites bildet, wenn sie bei einer mündlichen Verhandlung abgegeben ist. Als gerichtliches Geständnis behandelt das Gesetz aber auch dasjenige, welches zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters erklärt ist. ZPO. § 288.

Es kann also eine Beweisaufnahme, die vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden soll, oder die Fortsetzung einer solchen durch ein zu Protokoll gegebenes Geständnis abgeschnitten werden.

Ein jedes nicht in dieser Form abgegebene Geständnis ist ein außergerichtliches Geständnis. Von diesem wird in der Lehre vom Beweis die Rede sein (vgl. unten § 36 II 4).

Ein Geständnis ist auch die Erklärung, daß man die Behauptung des Gegners nicht bestreite oder nicht bestreiten wolle; sie ist etwas anderes als die Ablehnung einer Erklärung überhaupt („man wolle sich darüber nicht erklären"). So die herrschende Meinung.[2])

2. Das gerichtliche Geständnis ist eine einseitige vor dem Richter abgegebene Parteierklärung, kein Vertrag; es bedarf zu seiner Wirksamkeit nicht der Annahme des Gegners. Aber es ist nur möglich in Bezug auf eine vom Gegner aufgestellte Behauptung. Zwar ist nicht notwendig, daß die Behauptung dem Geständnisse vorausgehe; ein Geständnis kann auch im voraus für eine vom Gegner zu erwartende Behauptung abgelegt werden (sogen. „antizipiertes Geständnis"). Wird aber dann diese Behauptung nicht wirklich aufgestellt, so liegt auch ein Geständnis nicht vor.[3])

In diesem Sinne kann man sagen, daß das Geständnis von der Gegenpartei „abgelehnt" werden könne, wenn eben diese (vielleicht unter anderem Gesichtspunkt) es nicht als für sie vorteilhaft erachtet.[4]) Es kann allerdings sein, daß doch die abgelehnte

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 288—290. Planck § 62. Schmidt § 84. Aus der Spezialliteratur: Wach, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64 S. 201 ff. Wittmaack, daselbst Bd. 88 S. 1 ff. Bülow, Das Geständnisrecht (1899), mit eingehender Kritik der früheren Literatur.

[2]) So auch ERG. Bd. 40 Nr. 75. Gegen die abweichende Ansicht Bülows (a. a. O. S. 12 ff.) vgl. Hölder, Z. Bd. 28 S. 405 f.

[3]) Vgl. aber unten N. 8.

[4]) Die Ansichten sind geteilt. Vgl. über das „zuvorkommende" Geständnis die eingehenden Erörterungen Bülows a. a. O. S. 274 ff.

Erklärung beachtlich ist, sofern danach das Vorbringen der Partei sich im ganzen als unschlüssig darstellt (z. B. der Kläger behauptet selbst, der Beklagte sei beim Geschäftsabschlusse völlig betrunken gewesen).

3. Ein Geständnis kann nicht bloß einzelne sinnlich wahrnehmbare Tatsachen zum Gegenstande haben, sondern kann sich auch unmittelbar auf das Endergebnis einer Schlußfolgerung beziehen; es kann z. B. die Höhe eines Schadens, oder der Kausalzusammenhang zweier Tatsachen, es kann insbesondere auch ein Tatbestand in seiner juristischen Bedeutung — z. B. der Abschluß eines bestimmten Vertrages oder die Begehung einer bestimmten unerlaubten Handlung — zugestanden sein. Ja, es kann sich das Geständnis auch unmittelbar auf die Existenz eines Rechtsverhältnisses (z. B. des Eigentums, der Kapitalsforderung) beziehen, von welchem das Bestehen oder Nichtbestehen des Klaganspruches abhängt.[5])

Wenn das Gesetz ausdrücklich nur von zugestandenen „Tatsachen" redet, so ist es ausdehnend zu interpretieren.

In analogem Sinne endlich wie der Kläger auf seinen Anspruch kann auch der Beklagte auf ein Recht verzichten, auf das er sich einredeweise berufen hat oder berufen könnte. Und wie eine Partei die vom Gegner aufgestellte Behauptung als richtig zugestehen kann, so kann sie umgekehrt auch mit bindender Kraft die Erklärung abgeben, daß eine von ihr selbst vorher aufgestellte Behauptung unrichtig sei. Von einer solchen Erklärung gilt dasselbe wie von einem positiven Zugeständnisse.

4. Das Geständnis ist die Erklärung, daß die Behauptung des Gegners wahr sei. Da aber diese Erklärung, dem *Gerichte* gegenüber, keine andere Bedeutung haben kann, als die, daß das Gericht diese Behauptung als wahr annehmen, die zugestandene Thatsache als wahr seinem Urteil zu Grunde legen möge, so kann man das gerichtliche Geständnis auch definieren als die Erklärung, daß dem Gerichte die zugestandene Behauptung als wahr gelten solle.

Das gerichtliche Geständnis ist kein Beweisgrund, das Gericht hat es nicht auf seine Wahrheit zu prüfen, die zugestandene Tatsache *bedarf* keines Beweises: ZPO. § 288.

Das Geständnis ist maßgebend, auch wenn es unwahr, und ist bindend, wenn es auch mit dem Bewußtsein der Unwahrheit abgegeben ist. Vgl. ZPO. § 290. Es kann, wenn unwahr, *mittelbar* wie eine Verfügung wirken, im Endeffekt auf ein Anerkenntnis, einen Verzicht hinauskommen, und seine Wirksamkeit beruht am letzten Ende auf der Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand. Allerdings *ist* es keine Verfügung[6]) (eine Verfügung über Tatsachen gibt es nicht) und insbesondere kein Verzicht auf die Bestreitung (es gibt kein „Recht" zur Bestreitung). Aber es ist doch nicht *bloße* Wahr-

[5]) Darüber *Wittmaack* a. a. O. S. 59 ff.

[6]) Die herrschende gemeinrechtliche Lehre (*Wetzell* § 19 Nr. 1) sah in dem gerichtlichen Geständnis „eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht". (Vgl. auch *Planck* a. a. O.) Dagegen *Bülow* a. a. O. besonders S. 25 ff., auch *Wittmaack* a. a. O. S. 18.

heitserklärung, Wissenserklärung,[7]) es ist eben eine prozeßwirksame Handlung, es stellt unmittelbar — ohne Beweis — die Tatsache in für das Urteil maßgebender Weise fest.

Über das Geständnis offenkundig unwahrer Behauptungen s. unten V.

5. Das gerichtliche Geständnis bindet die Partei; sie kann es nicht beliebig widerrufen.[8]) Nur dann wird es durch Widerruf unwirksam, wenn die widerrufende Partei beweist: 1. daß es der Wahrheit nicht entspreche, und 2. daß es durch einen Irrtum (wenn auch durch einen unentschuldbaren)[9]) veranlaßt sei. ZPO. § 290.

Das Geständnis überhebt den Gegner unter allen Umständen der Beweislast; er darf sich darauf verlassen, daß der Beweis der einmal zugestandenen Tatsache nicht mehr von ihm gefordert werden würde.

III.[10]) Ist eine Behauptung bestritten, die nicht konkrete Tatsachen zum Gegenstande hat, sondern das Endergebnis einer Schlußfolgerung bildet, so muß die Partei die Tatsachen darlegen, aus denen sie ihre Schlußfolgerung ableitet. Dies gilt namentlich von Rechtsbehauptungen.

Ist ein Rechtsverhältnis streitig, so muß sein Entstehungsgrund angegeben, ist dieser streitig, so müssen die einzelnen tatsächlichen Momente bezeichnet werden, aus denen er sich zusammensetzt. Ist streitig, ob überhaupt ein Rechtsgeschäft, oder ein Rechtsgeschäft bestimmten Inhaltes zu stande gekommen, ob eine unerlaubte Handlung begangen sei, so muß im einzelnen der Hergang angegeben werden, in welchem das Rechtsgeschäft, z. B. der Abschluß des behaupteten Vertrages, oder der Tatbestand der unerlaubten Handlung gefunden wird. Diese Zerlegung einer juristischen Behauptung in ihre einzelnen tatsächlichen Momente bezeichnet man als Substanziierung:[11]) die Parteien haben ihre Rechtsbehauptungen zu substanziieren, die maßgebende rechtliche Beurteilung steht dem erkennenden Gerichte zu.

1. In erster Linie hat also in der mündlichen Verhandlung der Kläger seinen Klaggrund zu substanziieren, wenn dieser vom Beklagten bestritten ist. Diese Substanziierung ist nicht schon für die Klage als solche wesentlich, wird nicht durch den wesentlichen Zweck der Klage erfordert, dafür genügt die Individualisierung des Klaggrundes (s. oben § 19).

2. Die Substanziierung aber nötigt den Gegner zu einer ebenso ins einzelne gehenden Antwort; er muß sich bezüglich aller der einzelnen tatsächlichen Momente bestimmt erklären, inwieweit er sie zugestehen oder bestreiten wolle. Und handelt es sich um eine Tatsache, die er wissen

---

[7]) Gegen diese Auffassung Bülows s. Hölder, Z. Bd. 28 S. 389 ff. Vgl. auch Kisch, Göttingische gelehrte Anzeigen (1901) Nr. 3.

[8]) An das antizipierte Geständnis dagegen ist die Partei so lange nicht gebunden, als es der Gegner sich nicht, durch die entsprechende Behauptung, angeeignet hat. S.A. Bd. 54 Nr. 187 (Bülow a. a. O. S. 212).

[9]) Auch durch einen Rechtsirrtum: ERG. Bd. 11 Nr. 108.

[10]) Wetzell §§ 16—19. Planck §§ 87—89, 91 f. Schmidt § 83.

[11]) Stölzel, Schulung f. d. ziv. Prax. Bd. 1 in Nr. 2, 3, 6.

muß — um eine eigene Handlung oder um eine Tatsache, die er selbst wahrgenommen haben muß —, so muß er sein Wissen von dieser Tatsache kundgeben; er darf sich nicht mit bloßem Nichtwissen erklären; eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur bei Tatsachen zulässig, die er nicht wissen kann. Wo eine solche zulässig ist, wirkt sie der Bestreitung gleich. ZPO. § 138.[12])

Hienach genügt es nicht immer, daß eine Partei die vom Gegner behauptete Tatsache einfach leugne. Das bloße Leugnen genügt allerdings, wenn die Tatsache gänzlich in Abrede gestellt werden soll. Wird sie aber nur in bestimmter Hinsicht bestritten, so genügt nicht die Erklärung, daß sich die Sache anders, es muß auch angegeben werden, wie sich die Sache verhalte.

So fordert es Treu und Glaube des Prozeßverkehrs. Es genügt also beispielsweise nicht, wenn die Partei erklärt, die Verhandlungen, in welchen der Gegner den Abschluß eines bestimmten Vertrages findet, hätten einen anderen Inhalt gehabt, sie muß auch angeben, welchen anderen Inhalt sie gehabt, ob sie überhaupt nicht zu einem Vertragsschlusse, oder zu welchem anderen Vertrage sie geführt haben; es genügt nicht, daß die Partei die vom Gegner behauptete Preisberedung in Abrede stelle, sie muß auch angeben, welcher andere Preis oder ob überhaupt kein bestimmter Preis verabredet worden sei. Sie darf sich nicht auf die Erklärung beschränken, daß sie das Geld, dessen Empfang sie zugesteht, nicht als Darlehen empfangen, sie muß auch angeben, aus welchem anderen Grunde sie es empfangen habe. Bestreitet sie, daß die gelieferte Ware vertragsmäßig sei, so muß sie auch angeben, weshalb sie es nicht sei.

In diesem Sinne kann man sagen, daß nicht bloß Behauptungen, sondern unter Umständen auch Bestreitungen substanziiert sein müssen.

3. Nach dem Gesagten ist eine Bestreitung auf zweierlei Weise möglich: entweder in Gestalt 1. bloßer Verneinung, oder 2. positiver Gegenbehauptung; durch eine abweichende Sachdarstellung wird von selbst zugleich die Darstellung des Gegners verneint.[13])

Wenn nun von den tatsächlichen Momenten, aus welchen sich die Rechtsbehauptung des Gegners — insbesondere ein Klaggrund, eine Einrede, Replik u. s. w. — zusammensetzt, nur einzelnes bestritten, anderes zugestanden ist, so ist doch der Klaggrund, die Einrede im ganzen bestritten. Vgl. ZPO. § 289[2].

Z. B. der Beklagte gibt zu, vom Kläger Geld erhalten zu haben, aber nicht als Darlehen, sondern als Anzahlung für eine von ihm zu liefernde Arbeit; er gibt zu, die fragliche Sache erhalten zu haben, aber als Pfand und nicht, wie der Kläger behauptet, auf Grund eines Kaufes.

Wird aber mit dem Geständnis des Klaggrundes eine Einrede (z. B. Erfüllung), mit dem Geständnis einer Einrede eine Replik verbunden,

---

[12]) Gewiß aber kann jede Tatsache bestritten werden mit der Motivierung, daß man nichts davon wisse. Die Bestimmung ist also von geringer praktischer Bedeutung. Im folgenden werden unter bestrittenen Tatsachen durchweg auch solche verstanden, über die sich zulässigerweise der Gegner mit Nichtwissen erklärt hat.

[13]) Komment. zu ZPO. § 289; vgl. unten § 38.

so tut das der Wirksamkeit des Geständnisses keinen Eintrag; der Gegner kann von dem Geständnis Gebrauch machen und die damit verbundene Behauptung bestreiten. ZPO. § 289[1].

Die Einrede ist gegenüber dem Klaggrunde, die Replik gegenüber der Einrede *selbständig*, in dem Sinne, daß mit der Feststellung des Klaggrundes noch nichts über die Einrede, mit der Feststellung der Einrede noch nichts über die Replik entschieden ist, wogegen die positive Gegenbehauptung eben nur als Bestreitung der gegnerischen Behauptung in Betracht kommt, also mit der Entscheidung über diese Behauptung sich von selbst erledigt, in diesem Sinne also *keiner selbständigen* Entscheidung fähig ist.

Ob aber eine Erklärung eine Einrede, eine Replik, oder ob sie nur Gegenbehauptung gegen Klaggrund, Einrede, also nur Bestreitung dieser sei, ist nicht immer leicht zu erkennen, es ist darauf in der Lehre von der *Beweislast* (unten § 38) zurückzukommen, für welche diese Unterscheidung ihre hauptsächliche praktische Bedeutung hat.

Eine einräumende Erklärung mit einschränkendem Zusatz[14]) wurde in der gemeinrechtlichen Doktrin, mit einem nicht glücklichen Ausdruck, „*qualifiziertes Geständnis*" genannt.

§ 289[1] wendet sich gegen die Bestimmung des Code civile art. 1356: Il (l'aveu judiciaire) ne peut être divisé contre celui qui l'a fait (sogen. Unteilbarkeit des Geständnisses).

IV. Die *bestrittene* Behauptung bedarf des *Beweises*, und das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme (ZPO. § 286) tritt der Parteiverhandlung als weitere Urteilsgrundlage hinzu.

Wenn aber eine Partei sich auf eine Behauptung des Gegners *überhaupt* nicht erklärt, so gilt die Behauptung für zugestanden, ist als wahr dem Urteil zu Grunde zu legen. ZPO. § 138[3]. Beweisbedürftig wird eine Behauptung nur durch die Bestreitung des Gegners. Wie die ausdrücklich zugestandene, so bedarf auch die unbestrittene Tatsache nicht des Beweises.

Sogen. poena confessi (vgl. dazu unten § 85, auch § 93). Ein Fall des *Interessezwangs* (oben § 6 III).

Es ist indes nicht *ausdrückliche* Bestreitung jeder einzelnen Tatsache notwendig; die Bestreitung kann auch eine stillschweigende sein: es genügt, wenn die Absicht, eine Tatsache bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. ZPO. § 138[2].

Zwischen diesem „fingierten" und dem wirklichen Geständnis besteht jedoch ein praktisch wichtiger Unterschied. An das ausdrückliche Geständnis ist die Partei gebunden, die unterlassene Erklärung aber kann immer noch nachgeholt werden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (ZPO. § 278), und sogar auch noch in der Berufungsinstanz. (ZPO. § 531.)

Soviel wie keine ist auch eine ungenügende Erklärung: eine Erklärung mit Nichtwissen, wo eine Erklärung mit Wissen erforderlich wäre.

---

[14]) S. die Beispiele oben Nr. 3 Abs. 3.

V.[15]) Es gibt aber auch Tatsachen, bezüglich deren es einer Erklärung gar nicht bedarf, weil sie unbestreitbar wahr oder unwahr sind, Tatsachen, für welche ein Beweis gar nicht in Frage kommen *kann*,[16]) weil ihre Wahrheit oder Unwahrheit dem Richter von vornherein feststeht.[17]) Solcher Art sind die sogen. *offenkundigen* (notorischen) Tatsachen. Offenkundige (offenkundig wahre) Tatsachen sind solche, die dem Richter amtlich (durch eigene amtliche Wahrnehmung oder amtliche Mitteilung) bekannt geworden sind (gerichtskundige Tatsachen), oder die in einem weiteren Kreise von Menschen, dem auch der Richter angehört, so allgemein bekannt und anerkannt sind, daß kein Vernünftiger an ihrer Wahrheit zweifelt, daher es keiner weiteren Begründung bedarf, wenn auch der Richter sie als wahr seinem Urteil zu Grunde legt.

Je nach der Weite des Kreises, in dem die Tatsache allgemein anerkannt ist, unterscheidet man wohl „welt-, volks-, ortskundige Tatsachen".

Eine *offenkundig falsche* Behauptung ist eine solche, die mit einer offenkundigen Tatsache in Widerspruch steht.

Die Bestreitung einer offenkundigen Tatsache ist unbeachtlich; trotz der Bestreitung bedarf sie nicht des Beweises; sie ist ohne Beweis dem Richter gewiß. ZPO. § 291.

Ebenso unbeachtlich ist die Behauptung einer offenkundig falschen, insbesondere unmöglichen Tatsache. Das Geständnis einer offenkundig unwahren Tatsache ist unwirksam.

Das ist die herrschende, aber nicht unbestrittene Meinung.[18])

Aber auch eine offenkundige (konkrete) Tatsache[19]) kann nur Beachtung finden, wenn sie von einer Partei behauptet ist.[20])

Beispiele offenkundiger Tatsachen: ein bei dem Gericht anhängiges Verfahren, eine Bestrafung, Entmündigung — die Entfernung eines Nachbarortes, die Höhe des ortsüblichen Taglohnes, allgemeiner Stroh- oder Futtermangel zu einer gewissen Zeit, eine Viehseuche, eine Überschwemmung, ein Arbeiterstreik — weltgeschichtliche Ereignisse.

VI. Soweit das Gesetz mit einer Tatsache die *Vermutung* für

---

[15]) *Komment.* zu ZPO. § 291. *Wetzell* § 20 Nr. 3. *Planck* § 75 Nr. 4. *Schmidt* § 72 IV. *Kohler*, Proz. als Rechtsverh. S. 26 ff. *Wach*, Vorträge S. 208 ff. *Schmidt*, Sächs. Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 265 ff. *Stein*, Das private Wissen des Richters S. 138 ff.

[16]) Gewiß auch nicht den Beweis der Offenkundigkeit; vgl. unten § 44 IV 2 b.

[17]) Eben darum gehört der Begriff der Offenkundigkeit hieher, nicht bloß in die Beweislehre.

[18]) Darüber *Wittmaack*, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 67 ff. (wo auch die Literatur).

[19]) Über allgemeine Erfahrungssätze unten § 56 II 3.

[20]) Dagegen *Kohler*, Beiträge S. 68 ff. Aber die Offenkundigkeit enthebt nur des Beweises. Die Tatsache selbst kann, wie jede andere Tatsache, der Entscheidung nur dann zu Grunde gelegt werden, wenn sie zum Gegenstande der Verhandlung gemacht und so dem Gegner Gelegenheit zur Erklärung gegeben war; daß ihre Rechtswirksamkeit nicht durch irgend welchen Umstand ausgeschlossen sein könnte, läßt sich mit absoluter Sicherheit wohl nie behaupten. Bei richtiger Handhabung des Fragerechts (ZPO. § 139) ist die Kontroverse übrigens praktisch bedeutungslos.

das Bestehen eines Rechtes[21]) verbindet, so braucht nur diese Tatsache behauptet, es brauchen nicht weiter zum Zwecke der Substanziierung die Entstehungstatsachen angegeben zu werden.

So der Eintrag in das Grundbuch nach BGB. § 891, der Besitz der beweglichen Sache nach BGB. § 1006. Vgl. ferner BGB. §§ 921, 1362, 1527. Zu BGB. §§ 1964², 2365 f. unten in der Lehre von den Urkunden § 44a IV 1.

Steht diese Tatsache fest, so kann der Gegner das Recht nur in der Weise bestreiten, daß er Tatsachen behauptet, durch welche die Vermutung widerlegt wird.

§ 36.[1])

Gegenstand des Beweises. Unmittelbarer und mittelbarer Beweis.

I. Bestrittene und ungewisse (d. h. nicht offenkundige) Tatsachen bedürfen des Beweises. Bewiesen aber ist eine Tatsache dann, wenn der Richter sie nach prozessualen Grundsätzen für wahr anzunehmen, sie als feststehend seinem Urteile zu Grunde zu legen hat. Darauf hinzuwirken ist Sache derjenigen Partei, welche daran interessiert ist, daß der Richter bei seinem Urteil die Tatsache als wahr annehme.

II. Gegenstand eines Beweises können nur Tatsachen sein, und zwar erhebliche Tatsachen, d. h. solche, die auf die Entscheidung von Einfluß sind. Eine Tatsache kann aber unmittelbar für die Entscheidung erheblich sein, oder mittelbar.

Unmittelbar erheblich sind Tatsachen, die dem Tatbestand eines bei der Entscheidung anzuwendenden Rechtssatzes entsprechen (z. B. eine Zahlung, eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die Beschädigung einer Sache).

1. Handelt es sich um den Beweis sinnlich wahrnehmbarer Tatsachen, so sind dafür zunächst zwei Wege gegeben. Entweder der Richter stellt die Tatsache (z. B. die das Eigentum des Klägers störende Anlage, die Beschaffenheit einer Ware) auf Grund eigener Wahrnehmung fest (was nur bei einer jetzt noch wahrnehmbaren Tatsache möglich ist), oder er tut es im Vertrauen auf die ihm gemachte glaubwürdige Aussage anderer Personen über ihre Wahrnehmung.

2. Es gibt aber auch a) Tatbestandsmomente, welche ihrer Natur nach nicht sinnlich wahrgenommen werden, sondern nur durch Schlußfolgerung aus anderen — sinnlich wahrnehmbaren — Tatsachen, mit Hilfe allgemeiner Erfahrungssätze, festgestellt werden können.

---

[21]) Komment. zu ZPO. § 292. Über Vermutung von Tatsachen (worauf sich § 292 allein bezieht) s. unten § 36 III.

[1]) Zur allgemeinen Beweislehre: Wetzell §§ 20, 21. — Komment. zu ZPO. §§ 282, 283. — Planck II §§ 97, 106. Schmidt §§ 52, 53. Wach, Vorträge S. 198 ff. Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechts, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 62 S. 209 ff. (dazu auch Kohler, Ges. Beiträge S. 363 ff.). v. Canstein, Z. Bd. 2 S. 297 ff. Wendt, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 254 ff.

Dahin gehören alle Beziehungen von Personen, Sachen oder Ereignissen, so insbesondere der Kausalzusammenhang, ferner alle psychischen Tatsachen, geistige Vorgänge, Zustände, Eigenschaften: Wollen oder Nichtwollen, Scherz oder Ernst, Wissen oder Irrtum, Bewußtsein oder Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit u. s. w.

b) Sodann gibt es Tatbestandsmomente, die sich erst aus einer Würdigung konkreter Tatsachen, ihrer Vergleichung mit aus allgemeiner Erfahrung gewonnenen Maßen, ergeben können.

Z. B. das Vorhandensein oder die Größe eines Schadens, der Wert einer Sache, das angemessene Entgelt für eine Dienstleistung, die standesgemäße Höhe des Unterhaltes, ein hinreichender Grund zur Aufhebung eines Vertragsverhältnisses, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.

In solchen Fällen nun wird eine weitere Substanziierung, eine Zerlegung des Tatbestandes in solche einzelne tatsächliche Momente notwendig, welche eine genügende Grundlage für die erforderliche Beurteilung abgeben. Denn weil die maßgebende Beurteilung der Tatsachen, auch in dieser Richtung, dem Richter zukommt, so muß er in Stand gesetzt werden, von vornherein zu beurteilen, ob nicht die Parteibehauptung auf einem unrichtigen Urteile beruhe, so daß auch der Beweis der einzelnen Tatsachen, auf welche sich die Behauptung gründet, unerheblich sein würde.

c) Ganz das gleiche gilt aber auch dann, wenn eine Tatsache, die an sich wohl sinnlich wahrnehmbar ist, im gegebenen Fall nicht unmittelbar, sondern auf künstlichem Wege, durch Schlußfolgerung aus anderen Tatsachen, bewiesen werden soll, weil sie unmittelbar (durch Augenschein, durch Zeugnis) nicht bewiesen werden kann.

3. Solche Tatsachen nun, welche geeignet sind, einen Schluß auf unmittelbar erhebliche Tatsachen zu rechtfertigen, sind mittelbar erhebliche Tatsachen. Sind solche Tatsachen behauptet, so muß sich der Gegner darüber, ganz so wie über unmittelbar erhebliche Behauptungen, erklären. Und sind sie bestritten, und nicht offenkundig, so müssen sie bewiesen werden. Der Beweis einer Tatsache, welcher in der Weise geführt wird, daß zunächst andere Tatsachen festgestellt werden, von denen auf die zu beweisende Tatsachen geschlossen werden soll, heißt mittelbarer oder künstlicher Beweis.

Ein mittelbarer Beweis ist wiederum auf zweierlei Weise möglich. Die mittelbar erhebliche Tatsache kann nämlich sein: a) die außergerichtliche Aussage einer Person über die zu beweisende Tatsache. Auch die außergerichtliche Aussage kann zum Beweis einer Tatsache dienen, wenn sie den Umständen nach Glauben verdient.[2]) Und da zu seinem Schaden erfahrungsgemäß nicht leicht jemand die Unwahrheit sagt, so wird man besonders geneigt sein, einer Aussage Glauben zu schenken, die dem Aussagenden selbst nachteilig ist. Die Aussage einer Partei über

[2]) Darüber noch unten § 44a.

eine ihr nachteilige Tatsache bezeichnet man als Geständnis, als *außergerichtliches Geständnis*, sofern sie in einem Prozeß zum Beweis einer erheblichen Tatsache verwertet wird; es ist von dem *gerichtlichen* Geständnisse einer Tatsache zu unterscheiden (s. oben § 35 II), das als prozeßwirksame Erklärung die Tatsache nicht beweist, sondern unmittelbar feststellt, so daß sie des Beweises nicht mehr bedarf.

In der *Form* eines außergerichtlichen Geständnisses kann sich aber auch ein *Rechtsgeschäft* verbergen, das bindende Anerkenntnis des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, das Anerkenntnis einer rechtswirksamen Tatsache in der Absicht, die mit ihr verbundene Wirkung herbeizuführen, mag die Tatsache wahr sein oder nicht.[3]) Ein solches „dispositives" Geständnis dient nicht zum Beweis, sondern ist eine unmittelbar rechtserhebliche Tatsache, die selbst Gegenstand eines Beweises werden kann. Ein „prozessualer Vertrag" ist ein solches Geständnis nicht; insbesondere ist es kein Verzicht auf prozessuale Bestreitung; es macht die prozessuale Bestreitung nicht unwirksam.[4])

b) Neben[5]) dieser Art der künstlichen Beweisführung, bei der es nur darauf ankommt, die *Glaubwürdigkeit* der *Aussage* über eine zu beweisende Tatsache zu prüfen, gibt es eine zweite, die von dem Urteiler fordert, daß er selbständig von einer an sich feststehenden Tatsache (oder einer Mehrheit solcher Tatsachen) auf eine zu beweisende Tatsache schließe. Diese Art des Beweisens ist der eigentliche *Indizienbeweis*.[6])

Die Erfahrung lehrt, das gewisse Tatsachen gewisse andere Tatsachen zur notwendigen oder doch *regelmäßigen* Folge haben. Steht dann die Folge fest, so läßt sich auf die Bedingung, steht die Bedingung fest, so läßt sich auf die Folge schließen. Ja, wenn die Umstände eines Falles, jeder einzeln für sich, nicht genügen würden, um den Schluß auf die zu beweisende Tatsache zu rechtfertigen, so können sie doch in ihrer Gesamtheit einen *vollen* Beweis herstellen, wenn nämlich ihr Zusammentreffen sich in befriedigender Weise nicht anders als mit Hilfe dieser Tatsache erklären läßt. Zu einem *vollen* Indizienbeweise gehört also: daß durch die zu beweisende Tatsache die festgestellten Umstände des Falles in einen inneren Zusammenhang gebracht werden, indem sie alle sich nun als Bedingungen oder als Folgen der zu beweisenden Tatsache darstellen, daß ferner eine andere Tatsache sich nicht auffinden läßt, die erfahrungsgemäß geeignet wäre, einen solchen Zusammenhang zu schaffen, endlich auch daß

---

[3]) Z. B. ein Erlaß in Gestalt eines Empfangsbekenntnisses.

[4]) *Bülow*, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64 S. 65 ff. Geständnisrecht S. 181 ff. *Seuffert*, Z. Bd. 11 S. 202 ff. *Kohler*, Ges. Beiträge S. 154 ff. (auch in *Gruchot* Bd. 31). — *Komment.* zu ZPO. § 138. Vgl. auch unten §§ 44, 75 f.

[5]) Vielfach wird dieser Unterschied nicht gemacht, sondern auch die unter a) charakterisierte Art der Beweisführung als Indizienbeweis aufgefaßt, oder doch nur das außergerichtliche Geständnis von diesem unterschieden. Aber die Beweiswürdigung richtet sich nach wesentlich voneinander verschiedenen Gesichtspunkten.

[6]) *Heusler* a. a. O. S. 226 ff. *Wendt* a. a. O. S. 279 ff. *Stein*, Das private Wissen des Richters S. 34. Besonders aber *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses (1883) Bd. 1 § 61 und dazu Beiträge zur Lehre vom Beweis (1883) S. 104 ff.

nicht anzunehmen ist, daß ein solcher Zusammenhang überhaupt nicht unter ihnen bestehe, ihr Zusammentreffen ein rein zufälliges wäre.

Beispiel: In einem Hühnerhofe findet man den bissigen Hund des Nachbarn mit blutiger Schnauze, um ihn herum die, den Zähnespuren nach von einem solchen Hund totgebissenen, Hühner. BGB. § 833.

Es kann folglich auch die Unwahrheit einer Tatsache im Wege eines Indizienbeweises festgestellt werden. Die zu beweisende Tatsache ist nicht wahr, wenn auch nur ein Umstand festgestellt ist, der mit ihr unvereinbar erscheint, wenn es unmöglich ist, die Tatsache in den Zusammenhang der Umstände einzupassen.[7])

Dahin gehört insbesondere der Alibibeweis, d. h. der Beweis, daß sich eine Person zu einer bestimmten Zeit an einem Orte befunden habe, an dem sie sich nicht befinden konnte, wenn die zu beweisende Tatsache (z. B. ein mündlicher Geschäftsabschluß, eine unerlaubte Handlung) wahr wäre.

Eine jede Tatsache, welche zu einem Indizienbeweise beiträgt, ist eine indizierende Tatsache oder ein Indiz.

Selbstverständlich ist, daß bezüglich einer und derselben Tatsache zugleich die eine und die andere Art der künstlichen, zugleich eine künstliche und eine unmittelbare Beweisführung, zu ihrer wechselseitigen Bestärkung, unternommen werden kann.

III. Zur Erleichterung des Beweises stellt das Gesetz für gewisse Fälle eine Vermutung auf,[8]) schreibt dem Richter eine Schlußfolgerung vor: wenn die eine Tatsache feststeht, ist ohne weiteres auch die andere als wahr anzunehmen. ZPO. § 292. Steht die eine Tatsache fest, so bedarf also die andere nicht mehr des Beweises. Die Vermutung ist aber eine widerlegbare (praesumtio iuris), sofern nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt (praesumtio iuris et de iure).[9])

Aus dem BGB. vgl. §§ 16[2], 18—20, 484, 938, 1117[2], 1154[1], 1253[2], 1540, 1591[2], 1720[2], 2009, 2255. Aus dem HGB.: §§ 459[2], 694[2], 774[2], 787[1]. Aus der KO.: §§ 8[2], 31 Nr. 2, 45. Aus der ZPO. selbst §§ 167[2], 437[1], 440[2].

§ 37.

Beweisantretung.[1])

I. Den Beweis einer (sei es unmittelbar oder mittelbar erheblichen) Tatsache kann eine Partei auf fünferlei Weise zu führen unternehmen.

1. Sie kann, wenn die Tatsache noch gegenwärtig wahrnehmbar ist,

---

[7]) Die (von mir schon in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 11 S. 10 vertretene) Anschauung, daß jeder Indizienbeweis sich schließlich auf Fragen des Kausalzusammenhangs zurückführen lasse, halte ich aufrecht.

[8]) Komment. zu ZPO. § 292. Beckh, Die Beweislast nach dem BGB. (1899) § 9.

[9]) Vgl. dazu unten § 38 am Ende.

[1]) S. die Zitate zum vorhergehenden Paragraphen. Die nähere Erörterung der einzelnen Beweismittel folgt unten in der Lehre von der Beweiswürdigung § 44a.

auf richterlichen Augenschein antragen, d. h. beantragen, daß der Richter sich durch eigene Wahrnehmung von der Tatsache überzeuge. ZPO. §§ 371 f.

2. Sie kann sich auf die Aussage dritter Personen berufen, welche die Tatsache wahrgenommen haben (Zeugen). ZPO. §§ 373 ff.

3. Sie kann, wenn eine jetzt noch mögliche Wahrnehmung nur mit Hilfe besonderer Sachkenntnis, über die der Richter nicht verfügt, oder einer besonderen Mühewaltung, die dem Richter nicht zuzumuten ist,[2]) gemacht werden kann, die Bestellung von Sachverständigen beantragen, welche die Wahrnehmung machen und darüber dem Richter aussagen sollen. Auf das Gutachten Sachverständiger kann eine Partei sich ferner auch dann berufen, wenn zur Feststellung einer Tatsache ein Urteil notwendig ist, das nur auf Grund besonderer Sachkenntnis möglich ist. ZPO. §§ 402 ff.

Z. B. Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen einer Körperverletzung und dem nachgefolgten Tode.

4. Zum Beweise einer — unmittelbar oder mittelbar — erheblichen Erklärung kann man sich ferner einer Urkunde bedienen, d. h. eines Schriftstücks, welches die beweiserhebliche Erklärung in sich verkörpert. ZPO. §§ 415 ff.

Z. B. ein Wechsel, eine Quittung, ein amtliches Zeugnis über einen Vorgang, z. B. eines Notars über eine vor ihm abgegebene Willenserklärung.

5. Endlich kann eine Partei die Feststellung ihrer Behauptung auf dem Wege zu erreichen suchen, daß sie der Gegenpartei (ZPO. § 449) den Eid darüber zuschiebt, d. h. daß sie von dem Gegner verlangt, daß er seine Gegenerklärung — seine Verneinung oder positive Gegenbehauptung — vor Gericht beschwöre. Dann muß der Gegner seine Bestreitung durch seinen Eid bestärken, sonst verliert sie ihre Kraft und die bestrittene Tatsache gilt nun als festgestellt. Die Eideszuschiebung wird gerade in der Erwartung vorgenommen — und das macht sie zu einer Art der Beweisführung —, daß der Gegner den Eid nicht werde leisten können. Der Gegner kann sich aber dem Zwang zur Eidesleistung dadurch entziehen, daß er den ihm zugeschobenen Eid zurückschiebt, d. h. von dem Zuschiebenden fordert, daß er seine Behauptung beschwöre; dadurch kommt dieser in die Lage, durch seinen Eid die behauptete Tatsache feststellen zu können. ZPO. §§ 445 ff.

Die Eideszuschiebung, wie die Zurückschiebung (ZPO. § 448) ist indes nicht unbeschränkt, sondern nur in gewissen Grenzen zulässig: ZPO. §§ 445, 448[2] (vgl. § 450); darüber das Nähere unten § 45.

II. Die Angabe der Beweismittel, deren sich eine Partei zu einer Beweisführung bedienen will, ist die Beweisantretung.

[2]) Z. B. Besichtigung eines Daches, eines Brunnens.

1. Es gehört dazu in jedem Falle die Bezeichnung der zu beweisenden Tatsache. Die Tatsache — die unmittelbar erhebliche oder indizierende Tatsache — muß so bestimmt bezeichnet sein, daß sie durch das angegebene Beweismittel unmittelbar bewiesen werden kann; nicht darf die Partei ihre Behauptung von dem Ergebnisse der Beweisaufnahme abhängig machen, nicht kann durch die Angabe der Beweismittel die erforderliche Substanziierung ersetzt werden; das ist namentlich für die Eideszuschiebung von Wichtigkeit. ZPO. § 451.

2. Des weiteren aber gestaltet sich die Beweisantretung verschieden, nach der Verschiedenheit der Beweismittel.

a) Beim Beweise durch Augenschein bedarf es der Bezeichnung des Gegenstandes, den der Richter in Augenschein nehmen soll. ZPO. § 371.

b) Beim Beweise durch Sachverständige genügt der Antrag auf Vernehmung von Sachverständigen; denn ihre Auswahl und die Bestimmung ihrer Anzahl steht dem Gerichte zu (s. im übrigen ZPO. § 404).[3])

c) Beim Beweise durch Eideszuschiebung ist nur die Erklärung erforderlich, daß über die bestimmt bezeichnete Tatsache dem Gegner der Eid zugeschoben werde. ZPO. § 451.

d) Zur Antretung eines Zeugenbeweises aber ist die genaue Benennung der Zeugen notwendig (ZPO. § 373), und beim Urkundenbeweise bedarf es zur Beweisantretung jedenfalls der Bezugnahme auf eine bestimmte Urkunde.

Wie sich des näheren die Antretung des Urkundenbeweises vollzieht — je nachdem die Urkunde sich in den Händen des Beweisführers, des Gegners, eines dritten oder einer öffentlichen Behörde befindet — soll im Zusammenhang mit der Darstellung der Beweisaufnahme gezeigt werden.

III. Eine Erklärung auf die Beweisantretung wird vom Gegner gefordert nur im Falle einer Eideszuschiebung: er muß sich erklären, ob er den Eid annehme oder zurückschiebe; er muß selbst dann sich erklären, wenn er Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Eideszuschiebung vorbringt. Auf die Zurückschiebung ist keine ausdrückliche Erklärung notwendig; der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne solche für angenommen. ZPO. § 456.

Über die Folgen der Nichterklärung unten in der Lehre vom Eid § 45.

Im übrigen kann nach verschiedener Richtung der Gegner zu einer Gegenerklärung sich veranlaßt finden. Er kann die Zulässigkeit eines Beweismittels (so insbesondere der Eideszuschiebung) bestreiten, die künstliche Beweisführung als unschlüssig bekämpfen; er kann selbständige Tatsachen vorbringen, welche einem einzelnen Beweismittel oder einer künstlichen Beweisführung ihre Beweiskraft nehmen. Das Vorbringen einer selbständigen Tatsache, durch welches eine Partei die Beweisführung des

[3]) Vgl. unten § 41 III 3.

Gegners entkräften will, bezeichnet man als Beweiseinrede. Was im einzelnen den Inhalt einer Beweiseinrede bilden kann, wird ſich aus der Lehre von der Beweiswürdigung ergeben. Es kann ferner der Gegner den Beweis der Unwahrheit der Behauptung unternehmen, auf welche ſich die Beweisantretung bezieht; insbeſondere kann er auch für ſeine poſitive Gegenbehauptung Beweis antreten. Einen ſolchen Beweis nennt man Gegenbeweis.

Im übrigen läßt ſich der Begriff des Gegenbeweiſes genauer erſt bei der Lehre von der Beweislaſt erörtern. S. unten § 38 VIII.

§ 38.

Beweislaſt.[1])

I. Einer Norm bedarf es für den Fall, daß das Gericht weder von der Wahrheit noch von der Unwahrheit einer ſtreitigen tatſächlichen Parteibehauptung überzeugt, daß ihm eine erhebliche Tatſache ungewiß geblieben iſt. Eine ſolche Ungewißheit darf nicht ausſchließlich dem Kläger zum Nachteile gereichen. Es wäre ungerecht, von ihm zu fordern, daß er allein die ſämtlichen poſitiven und negativen Momente beweiſe, von denen das gegenwärtige Beſtehen ſeines Anſpruches abhängt. Vielmehr iſt es ein althergebrachtes prozeſſuales Prinzip, das auch heute noch gilt, wenngleich es, allgemein wenigſtens, nirgends im Geſetz ausdrücklich ausgeſprochen iſt: die Beweislaſt iſt unter den Parteien verteilt; d. h. wenn eine erhebliche Tatſache ungewiß geblieben iſt, ſo gereicht das, je nach dem Verhältnis, in welchem die Tatſache zu dem erhobenen Klaganſpruche ſteht, bald dem Kläger und bald dem Beklagten zum Nachteil.

II. In welcher Weiſe nun aber des näheren die Beweislaſt verteilt ſei, darüber läßt ſich eine durchgreifende Regel nicht aufſtellen.[2]) Einzelne Geſichtspunkte ſollen im folgenden hervorgehoben werden.

1. Allgemein anerkannt iſt der Satz, daß derjenige, welcher ſich auf ein Rechtsverhältnis beruft, deſſen Entſtehung zu beweiſen hat; genauer

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 282, 283, 289. — Wetzell § 15. Planck § 107. Schmidt § 83. Auch die Syſteme des Pandektenrechts (z. B. Windſcheid-Kipp § 133 und die hier N. 1 gegebene Zuſammenſtellung der Literatur). Aus der Spezialliteratur (ſ. auch die Zuſammenſtellung bei Seuffert vor ZPO. § 284): Fitting, Z. Bd. 13 S. 1 ff. Betzinger, Die Lehre von der Beweislaſt (1894). Beckh, Die Beweislaſt nach dem BGB. (1899). Roſenberg, Die Beweislaſt nach der ZPO. und nach dem BGB. (1900). Wach, Z. Bd. 29 S. 359. S. ferner unten N. 6 und N. 8. Eine Fülle von Material enthält Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilſachen (unter dem Stichwort „Beweislaſt" leicht aufzufinden).

[2]) In der Ablehnung eines durchgreifenden Prinzipes ſtimmen die folgenden Ausführungen — die in der Hauptſache bereits niedergeſchrieben waren, als die zitierte Abhandlung Wachs erſchien — mit dieſer überein. Nicht praktikabel ſcheint mir insbeſondere das Prinzip, daß, wer ſich auf einen Regelſatz berufe, die Vorausſetzungen des Regelſatzes, wer ſich auf einen Ausnahmeſatz berufe, die Vorausſetzungen des Ausnahmeſatzes zu beweiſen habe.

gesagt: daß er die Tatsachen zu beweisen hat, mit denen das materielle Recht die Entstehung des Rechtsverhältnisses verknüpft.

Mehr als diese Tatsachen braucht er aber auch nicht zu beweisen. Freilich kann es sein, daß ihre Wirkung durch andere, spätere Tatsachen aufgehoben oder modifiziert, daß das Rechtsverhältnis zwar entstanden, aber infolge anderer Tatsachen untergegangen oder verändert ist. Beruft sich der Gegner auf solche das Rechtsverhältnis aufhebende oder verändernde Tatsachen, so muß er sie beweisen.

a) Der Kläger muß also in erster Linie die Tatsachen beweisen, von denen die Entstehung seines Anspruches abhängig ist, darunter auch die Tatsachen, welche die Entstehung des Rechtes bedingen, aus dem er seinen Anspruch ableitet.

b) Der Beklagte, welcher sich darauf beruft, daß der Anspruch des Klägers zufolge irgend eines Umstandes erloschen sei, hat diesen Umstand zu erweisen.

c) Insbesondere hat die Erfüllung eines Anspruches immer diejenige Partei zu beweisen, welche die Erfüllung behauptet, gleichviel ob sie auf Erfüllung oder auf Schadenersatz oder auf eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung belangt wird oder ob der Gegner wegen Nichterfüllung seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt oder gekündigt hat oder ob sie selbst auf Grund ihrer Erfüllung eine Gegenleistung beansprucht. Vgl. BGB. §§ 345, 358, 542[3], 636.

Es hat folglich auch der Schuldner zu beweisen, daß die bewirkte oder angebotene Leistung dem Vertrag entsprochen habe, daß namentlich die vertretbaren Sachen, die den Gegenstand der Leistung bildeten, von vertragsmäßiger Beschaffenheit gewesen seien. Hat jedoch der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft nun ihn die Beweislast, wenn er behauptet, daß die Leistung nicht so wie geschuldet beschaffen oder unvollständig gewesen sei. BGB. § 363.

Will auf einen Mangel des Vertragsgegenstandes ein Teil einen selbständigen Anspruch (auf Preisminderung, Aufhebung des Kaufes) gründen, so hat allemal er den Mangel zu beweisen.

So trifft auch den Käufer die Beweislast für den von ihm geltend gemachten Mangel im Rechte. BGB. § 442, vgl. § 445.

d) Beruft sich der Schuldner auf einen Grund, aus dem er die an sich entstandene Verbindlichkeit nicht oder nicht vollständig zu erfüllen brauche, so muß er diesen Grund beweisen. Behauptet er also insbesondere eine unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung, so hat er nicht bloß zu beweisen, daß die Erfüllung unmöglich geworden, sondern auch, daß sie ohne seine Schuld unmöglich geworden sei. BGB. § 282, vgl. ferner auch z. B. §§ 419[2], 519[1], 1973.

Dagegen muß umgekehrt demjenigen ein Verschulden nachgewiesen werden, der auf Grund einer schuldhaften unerlaubten Handlung auf Schadenersatz belangt wird. Und ebenso muß beweisen, wer aus dem Verschulden eines anderen irgendwelchen Rechtsnachteil (Ausschluß, Ver-

wirkung, Beschränkung eines ihm an sich zustehenden Rechtes) herleiten will. Vgl. z. B. BGB. §§ 254, 529, 617[1].

Wie die Erfüllung eines Anspruches, so ist auch die Erfüllung eines Zweckes, zu dem etwas geleistet worden ist, von demjenigen zu beweisen, welcher sich darauf beruft: BGB. § 812. Wird die Rückforderung aber darauf gegründet, daß der ursprünglich vorhandene Grund der Leistung später weggefallen sei, so ist der Wegfall von dem Rückfordernden zu beweisen. Und ebenso hat, wenn die Rückforderung davon abhängt, daß die Erfüllung eines Zweckes unmöglich geworden ist, den Eintritt der Unmöglichkeit der Rückfordernde darzutun. Wer das zur Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete zurückfordert, muß den Nachweis liefern, daß das Geleistete nicht geschuldet war.[2])

e) Etwas Besonderes gilt für den Fall, daß der Anspruch auf eine Unterlassung gerichtet ist. Da hier die Verurteilung des Verpflichteten nur verlangt werden kann, wenn er seiner Verpflichtung zuwidergehandelt hat,[4]) so muß ihm die Zuwiderhandlung nachgewiesen werden. Vgl. BGB. §§ 345, 358.

Ebenso muß, wenn ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung darauf gegründet wird, daß ein Erfolg eingetreten sei, der nicht hätte eintreten sollen, den Eintritt dieses Erfolges derjenige beweisen, der sich darauf beruft.

f) Die zu Eingang aufgestellten Grundregeln gelten speziell auch für den Beweis der Zeit einer Entstehungs- oder Endigungstatsache, wenn die Tatsache (z. B. eine Genehmigung, Erfüllung) innerhalb einer gesetzten Frist eingetreten sein muß, um wirksam zu sein. Nur daß die Frist gesetzt sei, muß immer derjenige beweisen, der sich darauf beruft. Vgl. z. B. BGB. §§ 108[2], 177[2], 250, 264[2], 283, 325[2], 415[2], 466, 634, 643, 1003, 1396[2], 1829[2] u. s. w.

g) Der Beklagte, der ein Einrederecht (im materiellrechtlichen Sinn vgl. oben § 34 III 3) geltend macht, muß die Voraussetzungen seiner Entstehung beweisen, ebenso wie der Anspruchsberechtigte die Voraussetzungen der Entstehung des Anspruchs zu beweisen hat.

2. Soll eine Handlung, die der Regel nach, weil sie in fremde Rechtsgüter eingreift, nicht erlaubt ist, durch einen besonderen Umstand entschuldigt sein (einen Umstand, der ausnahmsweise zu einem solchen Eingriffe berechtigt oder ihm wenigstens den Charakter der Widerrechtlichkeit nimmt; s. z. B. BGB. §§ 227, 228), so muß derjenige ihn beweisen, welcher sich darauf beruft. Ebenso trifft, wenn eine Verfügung nur aus bestimmten Gründen gerechtfertigt ist, denjenigen die Beweislast, welcher behauptet, daß ein solcher Grund vorliegt. S. BGB. § 2336[3], vgl. §§ 2338[2], 2294, 2297.

3. Wenn das Recht abnorme persönliche Eigenschaften oder Ver-

[2]) So auch z. B. ERG. Bd. 49 Nr. 64; womit zu vergleichen ERG. Bd. 41 Nr. 41: Der angebliche Zessionar muß sich über die Abtretung ausweisen, auch wenn ihm bereits vom Schuldner geleistet ist.

[4]) S. oben § 19 III.

hältnisse berücksichtigt, so sind sie von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft.

Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes hängt, im Prinzip, nicht bloß von der Willenserklärung, sondern auch von normaler Willensbeschaffenheit und Willensbestimmung ab. Aber diese normale Willensbeschaffenheit und Willensbestimmung ist formell vom Gesetz nicht zur positiven Voraussetzung für die Wirksamkeit der Willenserklärung gemacht, sondern wenn sie durch bestimmte Gründe *ausgeschlossen* ist, so büßt die Willenserklärung die ihr an sich, ihrem Inhalte nach, zukommende Wirksamkeit ein, wird „nichtig" oder „anfechtbar". Diese Behandlungsweise ist gerade für die Beweislast bedeutsam. Denn es folgt daraus, daß derjenige, welcher sich auf das Rechtsgeschäft beruft, nur zu beweisen braucht, daß es objektiv zu stande gekommen ist, wogegen derjenige, welcher die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes behauptet, den Grund derselben zu beweisen hat. Vgl. insbesondere BGB. §§ 116 ff.

Analoges gilt von unerlaubten Handlungen: beweisen muß insbesondere, wer behauptet, daß die Handlung im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangen sei. Vgl. BGB. § 827.

4. So wenig wie eine Verschuldung, ist ohne weiteres böser Glaube zu präsumieren. Wo es zum Schaden einer Person gereichen würde, wenn sie von einem bestimmten Umstande Kenntnis gehabt hat, ist (abgesehen von gesetzlichen Vermutungen) ihr die Kenntnis, nicht ist von ihr die Unkenntnis dieses Umstandes zu beweisen. Vgl. z. B. BGB. §§ 122, 123[2], 142[2], 169, 814, 892, 932, 933.

Sogen. praesumtio boni: „quisquis praesumitur bonus, donec probetur contrarium".

5. Kommt es auf einen *bestimmten Inhalt* eines *Rechtsgeschäftes* an, und ist dieser bestritten, so muß ihn diejenige Partei beweisen, die nach dem Gesagten in der Lage ist, sich auf das Rechtsgeschäft berufen zu müssen, um die Begründung, Änderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses darzutun. Das Rechtsgeschäft ist aber immer insoweit bestritten, als der Gegner behauptet, daß es in einem *wesentlichen* Punkte[5]) einen anderen Inhalt gehabt habe.[6]) Namentlich also muß der Abschluß eines unbedingten Vertrages bewiesen werden, wenn der Gegner behauptet, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden sei;[7]) der Verkäufer, der auf Zahlung des Kaufpreises klagt, muß den

---

[5]) Z. B. es handelt sich darum, ob Kauf oder Kommission, Miete oder Leihe, Dienst- oder Werkvertrag.

[6]) Das ist der Hauptfall des unrichtig sogen. qualifizierten Geständnisses (s. oben § 35 III). Darüber *Römer*, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 149 ff. und *Rosenberg*, daselbst Bd. 94 S. 1 ff. mit guter Übersicht über Literatur und Rechtsprechung.

[7]) Das ist die herrschende, auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (z. B. *Bolze*, Praxis Bd. 2 Nr. 1610 f.) festgehaltene, neuerdings aber wieder bekämpfte Ansicht. *Rosenberg* a. a. O. S. 44, 64 ff., 116.

Abschluß eines Kreditkaufes beweisen, wenn der Beklagte behauptet, daß er sofort bar bezahlt habe, daß also nicht ein Kreditkauf, sondern ein Barkauf abgeschlossen worden sei; klagt der Verkäufer auf Zahlung des „angemessenen" oder „geschäftsüblichen" Kaufpreises und behauptet der Käufer eine Preisabrede, so muß der Verkäufer beweisen, daß ein bestimmter Preis nicht verabredet worden sei.[8])

Anders, wenn eine Änderung des Geschäftes durch nachträgliche Abrede behauptet wird; eine solche ist (nach der Regel unter 1) von demjenigen zu beweisen, welcher sich auf sie beruft.

Besonders bestritten ist auch der Fall, daß es sich um eine auflösende Bedingung handelt; nach einer vielvertretenen (und wohl auch richtigen) Meinung muß die Hinzufügung der Resolutivbedingung derjenige beweisen, der sich darauf beruft, weil dadurch nicht die Wirkung des Geschäftes, sondern ihr Ende (BGB. § 158[2]) bedingt ist.[9])

Behauptet der Kläger, daß der Beklagte in eigenem Namen, der Beklagte, daß er in fremdem Namen kontrahiert habe, so ist der Kläger beweispflichtig.[10]) Auf der anderen Seite wird der Vertreter persönlich haftbar, wenn er ohne Vertretungsmacht gehandelt hat, er wird haftbar aus seiner eigenen Handlung, und wird er aus diesem Grunde belangt, so muß er beweisen, daß er Vollmacht gehabt habe. BGB. § 179.

Wo sich aber mit einem Rechtsgeschäfte bestimmte Rechtswirkungen kraft Gesetzes verbinden, falls nicht ein anderes vereinbart ist, da trifft denjenigen die Beweislast, der sich auf eine abweichende Vereinbarung beruft. Steht eine abweichende Vereinbarung nicht fest, so greift die ergänzende Regel des Gesetzes Platz.[11])

6. Ist es auch nach dem Gedanken des materiellen Rechtes nur „der letzte Wille", welcher über den Nachlaß entscheiden soll, so braucht doch derjenige, welcher sich auf eine ihrem Inhalte nach letztwillige Erklärung beruft, nicht zu beweisen, daß diese Erklärung auch wirklich die letzte, sondern beweisen muß derjenige, welcher behauptet, daß sie durch eine spätere Erklärung aufgehoben worden sei.

Und wenn für das Intestaterbrecht die Verwandtschaftsnähe maßgebend, wenn nach dem Gedanken des materiellen Rechtes der nächste Verwandte des Erblassers der zur Erbschaft Berufene ist, so braucht doch derjenige, welcher das Intestaterbrecht für sich in Anspruch nimmt, nur seine Verwandtschaft mit dem Erblasser, er braucht nicht zu beweisen, daß

---

[8]) Über diese sehr bestrittene Frage besonders Stölzel, Schulung Bd. 1 namentlich in Nr. 5 und im Vorwort, ferner in der Zeitschrift „Das Recht" (1901) Nr. 20. Weiteres Material bei Rosenberg S. 83 N. 112. Vgl. insbesondere noch S.A. Bd. 30 Nr. 284, Bd. 35 Nr. 168 (ROHG.).

[9]) So auch ERG. Bd. 28 Nr. 31. Weiteres Material bei Rosenberg S. 57 ff. Wie die aufschiebende Bedingung ist der Anfangstermin, wie die auflösende der Endtermin zu behandeln. BGB. § 163.

[10]) So ERG. Bd. 2 Nr. 53, Bd. 3 Nr. 38. Über diese, gleichfalls sehr bestrittene, Frage Rosenberg S. 120.

[11]) Darüber Rosenberg a. a. O. XIII S. 93 ff. — Das Gesagte gilt beispielsweise auch für Zeit und Ort der Erfüllung. — Eine aufschiebende Bedingung aber bildet keine bloße Nebenberedung; sondern ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft ist immer ein wesentlich anderes als ein unbedingtes.

er der nächste Erbe ist; vielmehr ist es Sache des Gegners zu beweisen, daß nähere Verwandte vorhanden seien.

III. Nicht zutreffend ist der öfter aufgestellte Satz, daß Negative nicht zu beweisen seien. Gegenstand des Beweises kann z. B. sein: daß eine Nichtschuld bezahlt sei; die Erwerbsunfähigkeit; eine Unterlassung als unerlaubtes Verhalten; die Unkenntnis eines Umstandes (als Beweis des guten Glaubens, vgl. z. B. KO. § 31 Nr. 2).

Richtig ist nur, daß wenn eine Partei die Wahrheit einer Behauptung beweisen muß, der Gegner nicht nötig hat, ihre Unwahrheit — die Richtigkeit seiner Bestreitung — zu beweisen. Vielmehr gilt die Behauptung ohne weiteres als unrichtig, wenn es dem Beweispflichtigen nicht gelingt, ihre Richtigkeit zu beweisen.

Nicht richtig ist ferner auch der Satz: es sei ohne weiteres die Fortdauer eines tatsächlichen Zustandes zu vermuten, wenn feststehe, daß er einmal bestanden habe. Es läßt sich dieser Satz insbesondere nicht daraus herleiten, daß die Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses derjenige beweisen muß, der sie behauptet.

IV. Die Regeln über die Beweislast stehen zu der Verschiedenheit der Parteirollen in keiner wesentlichen Beziehung.

Bezeichnet man aber die Tatsachen, die, falls sie streitig, der Kläger beweisen muß, um mit seinem Klagantrage durchzudringen, als klagbegründende Tatsachen; bezeichnet man als einredebegründend diejenigen Tatsachen, welche, um mit seinem Abweisungsantrage durchzudringen, wenn die klagbegründenden Tatsachen feststehen, der Beklagte beweisen muß; wiederum als replikbegründend die den Einredetatsachen gegenüber selbständigen, sie entkräftenden Tatsachen, und faßt man in entsprechendem Sinne die Dupliktatsachen, Tripliktatsachen u. s. w., so kann man allerdings sagen: der Kläger hat die klagbegründenden, der Beklagte die einredebegründenden, der Kläger wiederum die replikbegründenden Tatsachen zu beweisen und so fort. Dabei sind aber die Begriffe von Klaggrund, Einrede, Replik u. s. w. in einem Sinne verstanden, der wesentlich schon durch die Grundsätze von der Verteilung der Beweislast bestimmt ist.

Was die negative Feststellungsklage angeht, so kommt es darauf an, in welcher Weise sie der Kläger begründet.[12]) Bestreitet er die Entstehungstatsachen, so liegt deren Beweis, nach dem oben Gesagten, dem Beklagten ob. Beruft sich aber der Kläger auf Tatsachen, durch welche die Wirksamkeit der Entstehungstatsachen ausgeschlossen oder aufgehoben wird, so muß er sie beweisen. Es muß hier also der Beklagte Tatsachen beweisen, die zum Klaggrunde, der Kläger Tatsachen, die zum Einredevorbringen gehören würden, wenn die Klage auf das Rechtsverhältnis gegründet würde. Nur in diesem Sinne kann man von einer Umdrehung der Beweislast bei der negativen Feststellungsklage reden.

Die Klagbarkeitsvoraussetzungen hat selbstverständlich der Kläger, die Klagbarkeitseinreden hat der Beklagte zu beweisen.

V. Welches die Voraussetzungen für die Entstehung, Änderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses seien, ergibt sich aus dem materiellen Rechte. Ob im einzelnen aber eine Voraussetzung als positive von der

---

[12]) Das ist die allgemeine Ansicht. S. auch ERG. Bd. 9 Nr. 98. Dagegen Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 70 S. 1 ff.

einen Partei zu behaupten und zu beweiſen oder ob nicht vielmehr ihr Gegenteil als jene Wirkungen „hindernd" von der anderen Seite zu behaupten und zu beweiſen ſei, iſt eben Frage der Beweislaſt. Und eben darum iſt auch die Unterſcheidung einer materiellen[13]) und formellen Beweislaſt nicht durchführbar.

Die Regeln über die Verteilung der Beweislaſt ſind *prozeſſualer* Natur; aber vielfach iſt die Faſſung materiellrechtlicher Normen durch die Rückſicht auf die Verteilung der Beweislaſt beſtimmt. Und ganz beſonders hat das Bürgerliche Geſetzbuch darauf Bedacht genommen, daß ſchon aus der Formulierung ſeiner Beſtimmungen ſich die Verteilung der Beweislaſt ergebe.[14])

VI. Wie dargelegt, müſſen die Tatſachen, die eine Partei zu beweiſen hat, in erſter Linie von ihr behauptet werden. Aber nicht alles, was *logiſcherweiſe* eine Partei, ausdrücklich oder ſtillſchweigend, zur Begründung ihres Antrages behaupten muß, muß ſie auch beweiſen; und anderſeits ergibt ſich, wie bemerkt, was jede Partei zu beweiſen und eben darum auch zu behaupten hat, nicht lediglich aus materiellrechtlichen Geſichtspunkten.

Z. B. muß, wer auf eine Vertragsſtrafe wegen Nichterfüllung klagt, *logiſcherweiſe* die Nichterfüllung behaupten, nicht aber beweiſen. BGB. § 345. Wer Schadenerſatz wegen Nichterfüllung fordert, muß *logiſcherweiſe* behaupten, daß die Erfüllung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umſtand unmöglich geworden ſei, braucht es aber nicht zu beweiſen. BGB. § 212.

Es iſt darum auch *nicht* ganz zutreffend, wenn geſagt wird: „eine jede Partei müſſe die Tatſachen beweiſen, die ſie nach materiellem Rechte zur Begründung ihres Antrages behaupten müſſe"; oder: „die Beweislaſt richte ſich nach der Behauptungslaſt".

Nicht ausreichend erſcheint aus dem gleichen Grunde die Formulierung, welche von der unbeſtreitbaren Wahrheit ihren Ausgang nimmt, daß der Richter bei ſeiner Entſcheidung nur die nach prozeſſualen Grundſätzen feſt-

---

[13]) Darunter verſteht man eine ſich rein aus dem materiellrechtlichen Verhältnis der Tatſachen ergebende Feſtſtellungslaſt, die für den Richter auch dann maßgebend wäre, wenn er von Amts wegen, durch die Verhandlungsmaxime nicht beſchränkt, den Sachverhalt zu unterſuchen hätte. Aber in dieſem Fall bedürfte es vor allem einer Norm darüber, was den Gegenſtand des Beweiſes bilden ſoll. Was das ſei, folgt nicht ſchon a priori aus dem Begriff des Beweiſes. Die Zerlegung des Tatbeſtandes in die einzelnen zu beweiſenden Tatſachen ſetzt ſchon das prozeſſuale Prinzip der Verteilung der Beweislaſt voraus. Im *Strafprozeß* reden wir z. B. vom *Schuldbeweis* und denken dabei auch an die einzelnen die Schuld *ausſchließenden* Umſtände. Bleibt ein ſolcher Umſtand (z. B. Notwehr, Unzurechnungsfähigkeit) zweifelhaft, ſo iſt der *Schuldbeweis nicht* gelungen und kann Verurteilung nicht erfolgen: „in dubio pro reo!" Gerade entgegengeſetzt wäre das Ergebnis, wenn nach zivilprozeſſualem Prinzip der Beweis des Schuldausſchließungsgrundes dem Angeklagten zur Laſt fiele. — Als die preußiſche AGO. die Unterſuchungsmaxime aufſtellte, fand ſie eben das Prinzip der Beweislaſtverteilung ſchon entwickelt vor.

[14]) S. hierüber beſonders die Einleitung zu dem *Planck*ſchen Kommentar zum BGB. Bd. 1 S. 44 ff. und die Bedenken dagegen bei *Wach* a. a. O. S. 374 ff.

stehenden Tatsachen berücksichtigen dürfe, woraus denn das einfache Prinzip folge, daß diejenige Partei die Beweislast treffe, welche an der Berücksichtigung einer Tatsache interessiert sei; denn gerade das kann zweifelhaft sein, ob eine bestimmte positive Tatsache von der einen oder ob ein anderer sie ausschließender Umstand von der Gegenpartei zu beweisen sei, ob daher der Richter jene positive Tatsache seiner Entscheidung nur dann zu Grunde legen dürfe, wenn sie festgestellt sei, oder schon dann, wenn nicht der sie ausschließende Umstand feststehe.

Die Frage der Beweislast ist eben aus dem materiellen Rechte allein nicht zu entscheiden. Die Regeln, die sich dafür aufstellen lassen, sind der Niederschlag alter, auf billiger Abwägung der gegensätzlichen Parteiinteressen beruhender Prozeßpraxis, darum nicht weniger beachtlich, weil sie nicht alle gesetzlichen Ausdruck gefunden haben.

VII. Die dargestellten Regeln beziehen sich auf den Beweis der unmittelbar erheblichen Tatsachen. Aus den für die Würdigung der Beweise maßgebenden Grundsätzen ergibt sich weiterhin eine Verteilung der Beweislast auch für die mittelbar erheblichen Tatsachen.[15])

VIII. Mit der Verteilung der Beweislast hängen die Begriffe des Haupt- und des Gegenbeweises zusammen. Den einer Partei obliegenden Beweis einer Tatsache nennen wir „Hauptbeweis" und die zu beweisende Tatsache „Beweisthema". Gegenbeweis heißt der — dem Gegner freistehende — Beweis der Unwahrheit dieser Tatsache.

In diesem Sinne kann man auch heute noch von einem „Gegenbeweis" reden, so gut wie nach gemeinem Recht;[16]) die ZPO. bedient sich dafür der Ausdrücke: Beweis zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen, Beweis des Gegenteils; s. §§ 130 Nr. 5, 167[2], 282, 292, 359 Nr. 3, 446, 463[2].

Wie der Hauptbeweis, so kann der Gegenbeweis ein unmittelbarer oder ein mittelbarer sein. Er kann mit allen überhaupt zulässigen Beweismitteln geführt werden, mit einer Ausnahme: unzulässig ist die Eideszuschiebung über eine Tatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ZPO. § 446, sie ist also unzulässig zu einem Gegenbeweis wie zur Entkräftung eines Gegenbeweises.

Dagegen kann der Gegenbeweis gegen eine gesetzliche Vermutung auch durch Eideszuschiebung geführt werden. ZPO. § 292[2].

Haben bezüglich derselben Tatsache sich beide Parteien den Eid zugeschoben (natürlich in entgegengesetztem Sinne), so ist nur die Eideszuschiebung derjenigen Partei beachtlich, welcher die Beweislast obliegt: durch die Eideszuschiebung übernimmt eine nicht beweispflichtige Partei nicht die Beweislast. ZPO. § 447. Darüber noch unten in der Lehre vom Eid.

---

[15]) Unten §§ 44, 44a in Verbindung mit den Ausführungen in § 36 II 4 b. Wenn nämlich hienach der Richter bei seinen Schlüssen das zu Grunde legt, was erfahrungsgemäß die Regel ist, so ist es Sache derjenigen Partei, der ein solcher Schluß nachteilig ist, ihn zu entkräften.

[16]) Meist wird das bestritten.

§ 39.

Terminologisches.

(Insbesondere Angriffs- und Verteidigungsmittel.)

I. Unter dem Gesichtspunkte des Rechtsstreites erscheint die Prozeßführung der Parteien als Angriff und als Verteidigung: als Angriff die Prozeßführung des Klägers, als Verteidigung die des Beklagten. Die Mittel, deren sich eine Partei bedient, um ihren Angriff oder ihre Verteidigung zum Siege zu führen, heißen daher Angriffs- und Verteidigungsmittel.[1])

Angriffs- und Verteidigungsmittel sind also jedenfalls die tatsächlichen Erklärungen, mit welchen die Parteien ihre Anträge begründen; an sich, dem Wortsinne nach, aber auch nicht minder die Beweismittel und Beweiseinreden. Doch werden von der ZPO. gerade diese vielfach unter den Angriffs- und Verteidigungsmitteln nicht mitverstanden, zuweilen ihnen sogar ausdrücklich zur Seite gestellt.

Vgl. insbesondere §§ 146, 279 mit §§ 283, 350, 354. Mitverstanden sind aber die Beweismittel unter den Angriffs- und Verteidigungsmitteln namentlich in §§ 96, 100[3].

II. „Selbständig" ist die Einrede gegenüber dem Klaggrunde in dem Sinne, daß ihre Wahrheit mit der Wahrheit des Klaggrundes vereinbar ist, also die Entscheidung über den Klaggrund nicht schon die Entscheidung über die Einrede in sich schließt; in demselben Sinne ist die Replik gegenüber der Einrede selbständig u. s. w.

Kein selbständiges Verteidigungsmittel ist unter diesem Gesichtspunkte die Bestreitung, auch wenn sie in Gestalt positiver Gegenbehauptung auftritt, da mit der Entscheidung über die Richtigkeit der Behauptung ja notwendig auch über die Richtigkeit der Bestreitung entschieden wird.

Selbständige Angriffs- bezw. Verteidigungsmittel sind zweifellos: Klaggründe, Einreden, Repliken u. s. w.; selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist aber auch die Behauptung eines Rechtsverhältnisses, das die Voraussetzung eines Klaggrundes, einer Einrede u. s. w. bildet (wie z. B. die Behauptung des Klägers, Erbe des ursprünglichen Gläubigers zu sein). Vgl. ZPO. §§ 146, 289, 303, 461.

III. Für jedes selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel wird der Unterschied der Individualisierung und der Substanziierung (oben § 35 III) bedeutsam. Um ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel in den Prozeß einzuführen, genügt zunächst seine Individualisierung, d. h. es genügt, den rechtswirksamen Tatbestand so — nach seinen besonderen Merkmalen — zu bezeichnen, daß erkennbar wird, welcher kon-

[1]) Komment. besonders zu ZPO. § 146. Planck § 71 III. Eingehende terminologische Untersuchung bei Wach S. 289 ff.

krete Tatbestand gemeint sei. Seine Substanziierung aber, d. h. die Auflösung in seine einzelnen tatsächlichen Elemente, wird durch die Bestreitung des Gegners notwendig, sie wird notwendig, um dem Gerichte die rechtliche Beurteilung, dem Gegner die spezielle Erklärung zu ermöglichen und um den Beweis vorzubereiten. (Vgl. unten § 40 I 1.)

IV. Beweismittel ist, vom Parteistandpunkte betrachtet, ein Mittel, dessen eine Partei sich bedient, um dem Gerichte eine — unmittelbar oder mittelbar erhebliche — Tatsache zu beweisen. Diese allgemeine Definition läßt im einzelnen verschiedene Auffassungen zu und der Sprachgebrauch ist denn auch sehr schwankend.

Wenn der richterliche Augenschein als Beweismittel bezeichnet wird, so ist die richterliche Tätigkeit, auf welche die Partei zum Zwecke des Beweises anträgt, als das Mittel zum Beweise aufgefaßt. Werden Zeugen, Sachverständige als Beweismittel genannt, so sind darunter die Personen verstanden, durch deren Aussagen der Beweis erbracht werden soll. Eine Urkunde ist Beweismittel, insofern sie die Erklärung in sich verkörpert, die für den Beweis von Erheblichkeit ist. Bei der Eideszuschiebung endlich erscheint als Beweismittel die eigene Erklärung der Partei, durch welche sie den Gegner in eine Zwangslage versetzt, in der er nach ihrer Erwartung, durch sein eigenes Verhalten, den gewünschten Beweis herstellen soll. S. oben § 37 I 5.

Anders gestaltet sich vom Standpunkt des Richters aus der Begriff des Beweismittels. Für ihn ist Beweismittel dasjenige, wodurch er sich von der Wahrheit einer Tatsache überzeugt. Den oben (§ 37 I) aufgeführten Beweismitteln tritt denn auch, vom Standpunkt des Richters aus, noch ein weiteres hinzu: der richterliche Eid. (Darüber unten § 45 a.)

Ebenso schwankend ist die Bedeutung des Wortes „Beweis". Bald bedeutet es die auf den Beweis gerichtete Tätigkeit, die Beweisführung, bald deren Erfolg, den erbrachten Beweis, auch wird es als gleichbedeutend mit Beweismittel gebraucht.

V. Vom Beweise unterschieden wird die Glaubhaftmachung. Sie geht darauf aus, eine Tatsache dem Richter — nicht gewiß, sondern nur — „glaubhaft", wahrscheinlich zu machen. (ZPO. § 294.) Eine nur glaubhaft gemachte Tatsache ist — mit einer einzigen Ausnahme (im Wechselprozeß: ZPO. § 605[2]) — keine ausreichende Grundlage für die Entscheidung über den Klaganspruch. Wohl aber ist für die Entscheidung über gewisse prozessuale Streitpunkte eine bloße Glaubhaftmachung genügend. Über sie unten § 82.

In demselben Sinne wird auch unterschieden zwischen vollem und unvollständigem Beweis. Die Glaubhaftmachung wird in der älteren Prozeßliteratur auch als Bescheinigung bezeichnet.

§ 40.

Die Beteiligung des Gerichtes an der Stoffsammlung.[1])

An der Verhandlung ist das Gericht insofern wesentlich mitbeteiligt, als es ja durch sie die Grundlage seiner Entscheidung erhalten soll. Darum ist es nicht auf das bloße Zuhören beschränkt; vielmehr hat es auch selbst darauf hinzuwirken, daß die Grundlage seiner Entscheidung eine ausreichende, eine möglichst zuverlässige und vollständige werde. Das ist nicht möglich ohne eine beständige Prüfung und Würdigung des Parteivorbringens: die Urteilstätigkeit des Gerichtes darf nicht erst mit der Urteilsfällung beginnen.

I. Weil es anderseits die Parteien sind, welche die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen haben, so soll sie das Gericht über seine Auffassung nicht im unklaren lassen, vielmehr sie auf das nach seiner Ansicht Wesentliche hinweisen, sie auf Lücken der tatsächlichen Begründung oder der Beweisantretung aufmerksam machen, sie in jeder Beziehung zu erschöpfender Verhandlung veranlassen. Diesem Zwecke dient die Befragung der Parteien, die in erster Linie dem Vorsitzenden, aber auch jedem anderen Gerichtsmitgliede zusteht. ZPO. § 139[1 u. 3].[2])

1. Vor allem gilt es also, bei unklarer Ausdrucksweise die eigentliche Meinung der Parteien durch Fragen zu erforschen. Insbesondere ist für die Erläuterung unklarer Anträge Sorge zu tragen.

Ist ein geltend gemachtes Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht genügend substanziiert, so ist die Partei zur Ergänzung ihrer tatsächlichen Angaben zu veranlassen. (Es folgt daraus, daß eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Substanziierung, wie sie im gemeinen Prozesse so häufig war, nicht mehr statthaben soll;[3]) denn unterbleibt die erforderte Substanziierung des Klaggrundes, so stellt sich die Klage als unbegründet dar.) Nicht aber sollen die Fragen des Richters dazu dienen, die Parteien zur Geltendmachung neuer Angriffs- oder Verteidigungsmittel zu bestimmen.

Es ist ferner darauf hinzuwirken, daß die Parteien auf das Vorbringen des Gegners die erforderlichen Erklärungen abgeben, und daß sie die Beweismittel für ihre bestrittenen tatsächlichen Behauptungen bezeichnen, bezüglich deren sie die Beweislast trifft.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 139, 141—144. Wach, Vorträge S. 72 ff. Schmidt § 72 III. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 28 ff. Schneider, Über richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts (1888).

[2]) S. Note 1. Dazu noch Planck Bd. 1 S. 265 f. Coith, Z. Bd. 27 S. 489 ff.

[3]) So auch z. B. ERG. Bd. 49 Nr. 89. Vgl. unten N. 4. Dagegen Planck a. a. O. Wach, Vorträge S. 74. Enthält allerdings die Klage nicht einmal einen hinreichend individualisierten Klaggrund, so ist sie mangelhaft und aus diesem Grunde als unstatthaft abzuweisen.

Selbstverständlich bedarf es der Frage nicht, wenn von vornherein klar ist, daß sie erfolglos sein werde.

2. Die Befragung der Parteien ist, wo sie erforderlich, nicht bloß Recht, sondern Pflicht des Vorsitzenden (§ 139: er „hat" zu fragen).

Die Verabsäumung dieser Pflicht bildet eine Gesetzesverletzung, auf welche die Revision gegründet werden kann (ZPO. § 549). So insbesondere die Auffassung des Reichsgerichts.[4])

3. Weitergehende Anforderungen stellt an den Richter der Parteiprozeß. Hier hat er nicht bloß dahin zu wirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären, sondern er hat ihnen auch bei der Stellung ihrer Anträge behilflich zu sein, dafür zu sorgen, daß sie die der Sachlage entsprechenden zweckdienlichen Anträge stellen, sowohl in Bezug auf das Verfahren wie in der Sache selbst. ZPO. § 503.

4. Ist eine Partei in der Verhandlung nicht selbst anwesend, sondern vertreten, so kann das Gericht ihr Erscheinen anordnen, um sie persönlich zu befragen. ZPO. § 141.

5. Die — auf die einzelnen Tatumstände eingehende — Befragung, insbesondere die persönliche Befragung der Parteien, kann auch zur Ermittelung des Sachverhalts beitragen, sie kann Beweismomente, Gründe für die Beurteilung der Wahrheit der Parteierklärungen, zu Tage fördern.

II. Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei in ihren Händen befindliche Urkunden, auf die sie Bezug genommen hat, daß sie Stammbäume, Pläne, Risse, sonstige Zeichnungen vorlege, daß sie die vorgelegten Schriftstücke für gewisse Zeit auf der Gerichtschreiberei belasse. ZPO. § 142. Das Gericht kann von Amts wegen, sogar gegen den Willen der Parteien, eine Augenscheinseinnahme, es kann eine Begutachtung durch Sachverständige anordnen. ZPO. § 144. Das Verfahren ist dann das gleiche, wie wenn die Anordnung auf Antrag einer Partei erfolgt wäre. § 144[3]. Alle diese Anordnungen kann es treffen nicht bloß zur Verdeutlichung feststehender Tatsachen („informationis causa"), sondern auch zur Feststellung bestrittener.

Bezüglich des Augenscheins ist das letztere bestritten.[5])

Das Gericht kann nach seinem Ermessen die Vorlegung der Handelsbücher einer kaufmännischen Partei auf Antrag, wie von Amts wegen anordnen. HGB. § 45[1].

Von dem Inhalt vorgelegter Handelsbücher ist aber nur soweit er den Streitpunkt betrifft unter Zuziehung der Parteien Einsicht zu nehmen, geeignetenfalls auch

---

[4]) In diesem Sinne z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 110, Bd. 18 Nr. 39, Bd. 32 Nr. 32, Bd. 36 Nr. 86, 101. Speziell in Bezug auf Substanziierung von Schadensersatzansprüchen z. B. ERG. Bd. 9 Nr. 120, Bd. 10 Nr. 47, 130. — Dagegen namentlich Coith a. a. O. (prinzipiell auch Seuffert).

[5]) Dagegen besonders Wach, Vorträge S. 77, 200. — Das Gesetz unterscheidet nicht.

ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt der Bücher ist dem Gericht insoweit offen zu legen, als es zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist. HGB. § 46.

Dagegen kann bei Vermögensauseinandersetzungen (insbesondere in Erbschafts-, Gütergemeinschafts- und Gesellschaftsteilungssachen) das Gericht die Vorlegung der Handelsbücher zur Kenntnisnahme von ihrem ganzen Inhalt anordnen. HGB. § 47.

Auch die Vorlegung des Tagebuchs eines Handelsmäklers kann das Gericht von Amts wegen anordnen, aber nur um durch Vergleichung mit ihm die Zuverlässigkeit anderer Beweismittel (insbesondere der Schlußnote, des Auszuges) zu prüfen. HGB. § 102.

III. Mit dem Ungehorsam einer Partei gegen die Anordnungen des Gerichtes — der Nichtbeantwortung von Fragen, dem Nichterscheinen, der Weigerung, eine Urkunde oder ein Augenscheinsobjekt vorzulegen — hat das Gesetz Rechtsnachteile nicht verknüpft; aber es können daraus bei der Beweiswürdigung ihr nachteilige Schlüsse gezogen werden.

IV. Wie das Gericht auf Vollständigkeit der Verhandlung hinzuwirken hat, so hat es anderseits auch unerhebliche Erklärungen und Beweisantretungen abzuschneiden.

Das Gericht entscheidet darüber, ob ein angebotener Beweis erheblich, ob Beweis zu erheben und worüber er zu erheben sei. ZPO. § 358.

V. Das Gericht befindet, ob die Sache vollständig erörtert sei — alsdann hat der Vorsitzende die Verhandlung zu schließen. ZPO. § 136[4].

Es bedarf indes nicht in jedem Fall eines ausdrücklichen Beschlusses des Gerichtes oder einer ausdrücklichen Erklärung des Vorsitzenden. Ein stillschweigender Schluß der Verhandlung liegt z. B. darin, daß sich das Gericht zur Urteilsberatung zurückzieht, daß mit der Urteilsverkündung begonnen oder der Termin zur Urteilsverkündung bestimmt wird.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnen,[6]) wenn sich bei der Beratung herausstellt, daß die Sache nicht vollständig erörtert ist. ZPO. § 156. Dann ist sie in vollem Umfang wiedereröffnet; sie ist nicht auf den Punkt beschränkt, der die Wiedereröffnung veranlaßt hat. Nicht aber können die Parteien die Wiedereröffnung verlangen, um versäumtes Vorbringen nachzuholen.[7])

VI. Die mitbestimmende Teilnahme des Gerichtes an der Bildung der Urteilsgrundlage — in positiver wie in negativer Hinsicht — bildet einen wesentlichen Teil der Prozeßleitung, den man als materielle (im Gegensatz zur formellen) Prozeßleitung bezeichnen kann. Vgl. dazu unten § 81.

VII. Es ergibt sich hiernach, was das Verhältnis des Gerichtes zur Sammlung des Prozeßstoffes angeht, das folgende Bild.

Konkrete Tatsachen kann allerdings das Gericht nur insoweit berücksichtigen, als sie von den Parteien behauptet sind, und eines Beweises

---

[6]) Insbesondere auch zur Ausübung des Fragerechts (ZPO. § 139). Vgl. dazu ERG. Bd. 41 Nr. 96.

[7]) ERG. Bd. 16 Nr. 103. S.A. Bd. 50 Nr. 210 (Bayr. ob. Landesgericht).

bedarf es nur für bestrittene und nicht offenkundige Tatsachen, eine nicht bestrittene und nicht offenkundig unwahre Tatsache muß das Gericht als feststehend seinem Urteil zu Grunde legen.

Einen Augenschein aber kann das Gericht auch von Amts wegen einnehmen, von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen; die Vorlage von Urkunden kann es anordnen, wenn nur darauf von der Partei, die sie in Händen hat, Bezug genommen ist; von Amts wegen kann es die Vorlage von Handelsbüchern einer Partei anordnen. Nur der Zeugenbeweis setzt ausnahmslos Beweisantretung von seiten einer Partei voraus.

§ 41.

Anordnung der Beweisaufnahme.[1])

I. Beweisaufnahme ist der Vorgang, durch welchen ein Beweisgrund der Wahrnehmung des Richters überliefert werden soll; sie bedarf also notwendig richterlicher Mitwirkung. Kann sie nicht ohne weiteres geschehen, erfordert sie ein besonderes Verfahren (ZPO. §§ 284, 358), so ist dasselbe vom Gericht durch „Beweisbeschluß" anzuordnen; die Leistung eines Parteieides erfolgt nie anders als auf Grund gerichtlicher Anordnung; und zwar auf Grund eines Eidesurteiles oder eines Beweisbeschlusses (vgl. unten § 45).

Ohne Beweisbeschluß kann die Beweisaufnahme geschehen, wenn die Urkunde, das Augenscheinsobjekt gleich in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wird, die Zeugen, Sachverständigen schon zur Stelle sind.

II. Jede Beweisantretung ist also ihrem Wesen nach ein Antrag auf richterliche Beweisaufnahme. Eine Beweisaufnahme soll aber nur erfolgen in Bezug auf eine erhebliche Tatsache; es sollen nur erhebliche, es sollen aber auch alle „erheblichen" Beweise „erhoben" werden.

Damit ist nicht gesagt, daß auch auf einmal die Aufnahme aller an sich erheblichen Beweise angeordnet werden müßte;[2]) das Gericht kann, nach seinem freien Ermessen, die Beweisaufnahme zunächst auf einzelne Tatsachen oder einzelne Beweismittel beschränken, sofern zu erwarten ist, daß sie ein Ergebnis haben werde, nach welchem die Sache entscheidungsreif, eine weitere Beweisaufnahme überflüssig sein würde; dabei braucht sich auch das Gericht nicht streng an das logische Verhältnis der zu beweisenden Tatsachen zu binden: es kann z. B. ein Einredebeweis, der raschen Erfolg verspricht (etwa ein auf die Verjährung bezüglicher Beweis), vor einem weitschichtigen Klagbeweis erhoben werden.[3])

Ist für eine unerhebliche Tatsache Beweis angetreten, so hat das Gericht seine Mitwirkung, also die Anordnung der Beweisaufnahme, wo

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 282, 283, 358, 359. Planck §§ 105, 108. Schmidt §§ 61 V, 80.

[2]) Prinzipiell einheitlichen Beweisbeschluß fordert Stölzel, Schulung Bd. 2 § 2; in gleichem Sinne Planck Bd. 2 S. 181.

[3]) Dagegen Wach, Vorträge S. 212.

es einer solchen bedarf, zu versagen, es hat seine Anordnung zurückzunehmen, wenn sich nachträglich die Tatsache als unerheblich herausstellt.

Z. B. eine Einrede ist erwiesen, dann kommt es nicht mehr auf den Beweis des Klaggrundes an; oder der Beweis des Klaggrundes ist fehlgeschlagen, dann kommt es nicht mehr auf den Beweis einer Einrede an.

Das Gericht hat also vor allem zu prüfen, ob die zu beweisende Tatsache *rechtlich* erheblich ist; ob auf sie unter rechtlichem Gesichtspunkt für die Entscheidung etwas ankommt. Handelt es sich um eine *indizierende* Tatsache, so ist zu prüfen, ob sie *beweiserheblich* ist, d. h. ob sie zu dem beabsichtigten Indizienbeweise beizutragen geeignet ist.

Unerheblich ist ein Gegenbeweis, wenn ein Hauptbeweis gar nicht angetreten ist. Unerheblich ist der Beweis einer Tatsache, die nur in Verbindung mit einer anderen Tatsache von Erheblichkeit ist, wenn für diese andere Tatsache kein Beweis angetreten ist; z. B. es ist nur für einen *Teil* der klagbegründenden Tatsachen Beweis angetreten.

Nicht aber darf eine Beweisaufnahme um deswillen unterbleiben, weil sie voraussichtlich erfolglos sein werde. Sie darf mit Rücksicht auf ihr Ergebnis nur dann unterbleiben, wenn schon jetzt *feststeht*, daß sie für die Entscheidung bedeutungslos sein würde; sei es weil die Tatsache, welche durch sie bewiesen werden soll, bereits bewiesen ist, oder unvereinbar ist mit einer feststehenden, zweifellos bewiesenen Tatsache, oder weil dem Beweismittel unter den gegebenen Umständen und nach seiner konkreten Beschaffenheit *keinerlei* Beweiswert zukommt. (Vgl. unten § 44a.)

III. Der *Beweisbeschluß* ist die Anordnung der Beweisaufnahme (ZPO. § 358) über streitige Tatsachen gemäß den Beweisanträgen der Parteien. Danach bestimmt sich des näheren sein *Inhalt*. Er soll angeben, worüber, mit welchen Mitteln, auf wessen Begehr der Beweis zu erheben sei. ZPO. § 359. Er soll außerdem die Art der Beweisaufnahme bestimmen (ob vor dem Prozeßgericht, oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter); auch können sich mit ihm die prozeßleitenden Anordnungen verbinden, die zu seiner Erledigung und zur weiteren Fortsetzung des Verfahrens erforderlich sind (ZPO. §§ 361, 370; vgl. dazu unten § 68).

Über den Unterschied des Beweisbeschlusses von dem gemeinrechtlichen Beweisurteile s. unten § 51.

1. Die Bezeichnung der *Tatsachen*,[4]) worüber der Beweis zu erheben ist (ZPO. § 359 Nr. 1), muß sich an die streitigen Parteibehauptungen anschließen — ihrem Inhalte, nicht notwendig ihrem Wortlaute nach.

Es gilt, und ganz besonders dann, wenn die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter erfolgen soll, die rechte Mitte zu halten zwischen einer zu allgemein gehaltenen und einer zu engen, die Beweisaufnahme zu sehr einschränkenden Bezeichnung.

---

[4]) Stölzel, Z. Bd. 29 S. 339 ff.

2. Die Partei ist zu bezeichnen, die zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen den Beweis angetreten hat; ZPO. § 359 Nr. 3, § 282;

3. Die Beweismittel sind individuell zu bezeichnen; insbesondere sind die zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen mit hinreichender Genauigkeit zu benennen (ZPO. § 359 Nr. 2). Wird durch Beweisbeschluß die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet, so muß die Eidesnorm[5]) formuliert werden (ZPO. § 359 Nr. 4).

Hinsichtlich des Sachverständigenbeweises ist noch folgendes zu bemerken.

a) Die Sachverständigen werden (im Beweisbeschluß, vgl. ZPO. § 359[3]) vom Gericht bestellt.

Die Beweisantretung (ZPO. § 403) beschränkt sich auf die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte (vgl. oben § 37 II). Das Gericht kann aber die Parteien zur Bezeichnung geeigneter Persönlichkeiten auffordern. ZPO. § 404[3].

Das Gericht ist prinzipiell frei in der Bestimmung der Zahl der Sachverständigen und in der Auswahl der Personen. Es kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken, an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen diese in erster Linie herangezogen, andere Personen nur aus besonderen Gründen gewählt werden (z. B. der Gerichtsarzt ist verhindert oder das Gutachten eines Spezialarztes ist wünschenswert).

Einigen sich die Parteien über gewisse Personen, so müssen diese (und dürfen auch daneben — zunächst wenigstens, vgl. aber § 412 — keine anderen) bestellt werden; das Gericht kann jedoch die Wahl auf eine bestimmte Anzahl beschränken. ZPO. § 404.

b) Die Ernennung der Sachverständigen kann dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter überlassen werden, der dann alle die in dieser Beziehung (ZPO. § 404) dem Prozeßgerichte zustehenden Befugnisse auszuüben hat. ZPO. § 405. Selbstverständlich ist das nicht möglich, wenn die Parteien sich über die Wahl geeinigt haben; und so bindet den betrauten Richter auch eine nach dem Beweisbeschluß erfolgte Einigung.[6])

c) Die Bestellung von Sachverständigen steht in jedem Falle im Ermessen des Gerichtes. Wie es von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen kann, so darf es auch einen Parteiantrag auf Begutachtung ablehnen, wenn es sich selbst im Besitze der erforderlichen Sachkenntnis weiß. Eine Grenze zwischen allgemeiner Bildung, deren Verwertung dem Richter notwendig freistehen muß, und besonderen Kenntnissen ist mit Sicherheit nicht zu ziehen;[7]) Vorsicht, Mißtrauen gegen die eigene Sachkenntnis ist selbstverständlich geboten. Ein Kollegium kann übrigens die Begutachtung nur dann ablehnen, wenn alle seine Mitglieder sich die erforderte Sachkenntnis zutrauen; eine Begutachtung nur durch einzelne innerhalb des Kollegiums wäre eine Umgehung der Vorschrift des § 41 Nr. 5, wonach der als Sachverständiger vernommene Richter von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist.

d) Über Gegenstände, zu deren Beurteilung eine kaufmännische Begutachtung genügt, sowie über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann die Kammer für Handelssachen auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden. GVG. § 118.

---

[5]) S. unten § 45.

[6]) Letzteres ist nicht unbestritten; dagegen Struckmann-Koch.

[7]) Stein, Das private Wissen des Richters S. 25, 76 (gegen die abweichende Auffassung Plancks und Fittings).

§ 42.

Beschaffung der Beweismittel.

(Insbesondere Zeugnis- und Editionszwang.)

Die Beweisaufnahme setzt voraus, daß das Beweismittel der richterlichen Benutzung zugänglich gemacht sei.

I. Beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise bedarf es dazu der Ladung, der bindenden Aufforderung an den Zeugen, den Sachverständigen, zur Vernehmung in einem bestimmten Termin zu erscheinen. Die Ladung erfolgt von Amts wegen, nicht durch die Partei. ZPO. §§ 377, 402.

1. Der Gerichtschreiber des ladenden Gerichts (des Prozeßgerichts oder des ersuchten Richters) hat die Ladung abzufassen, und hat von Amts wegen ihre Zustellung zu bewirken. In der Ladung ist auf den Beweisbeschluß Bezug zu nehmen. Weiter muß die Ladung enthalten (sonst ist sie unbeachtlich):

a) die Bezeichnung der Parteien; sie muß

b) den Gegenstand der Vernehmung angeben; nicht ist erforderlich die genaue Wiedergabe der im Beweisbeschluß bezeichneten Tatsachen; es brauchen nur die wesentlichen Punkte so genau bezeichnet zu sein, daß sich der Zeuge (oder Sachverständige) auf seine Vernehmung hinreichend vorbereiten kann (der Zeuge insbesondere durch Anspannung seines Gedächtnisses, durch Einsicht von Briefen, Geschäftsbüchern, sonstigen schriftlichen Aufzeichnungen). In der Ladungsschrift muß

c) die ausdrückliche Anweisung enthalten sein, zur Ablegung des Zeugnisses (Gutachtens) in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine „bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen" zu erscheinen. (Einer genaueren Bezeichnung der Strafen bedarf es nicht.) ZPO. §§ 377, 402.

2. Personen des Soldatenstandes,[1]) die dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehören, können nicht unmittelbar, sondern nur durch die Militärbehörde geladen werden, welche (vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts, dem beauftragten, ersuchten Richter) unter Angabe der Parteien und des Gegenstandes der Vernehmung (ZPO. § 377) darum zu ersuchen ist; die Vermittlung soll verhüten, daß die bürgerliche Pflicht mit militärischen Pflichten kollidiere. ZPO. § 378.

3. Das Gericht (nicht der beauftragte oder ersuchte Richter) kann vor der Ladung anordnen, daß der Beweisführer binnen einer bestimmten Frist einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen (Sachverständigen, ZPO. § 402) erwachsenden Auslagen (bei der Amtsstelle, welche die Zahlung zu leisten haben wird) hinterlege. (Vgl. ZPO. § 401, GKG. § 79 Nr. 4 und 5, vgl. § 84.) Unterbleibt die Hinterlegung, so erfolgt auch die Ladung nicht; doch ist sie noch auf eine nachträgliche Hinterlegung hin zu bewirken, wenn durch die Vernehmung das Verfahren keine Verzögerung erleidet. ZPO. § 379.

II. Beim Urkundenbeweise ist zu unterscheiden:

1. Befindet sich die Urkunde in den Händen des Beweisführers, so hat er sie vorzulegen; und zwar gleich mit der Antretung des Beweises:

---

[1]) Nicht Militärbeamte. R.Militärgesetz vom 2. Mai 1874. Anlage z. Mil.StGB. vom 20. Juni 1872.

die Beweisantretung erfolgt hier „durch" Vorlegung der Urkunde.[2]) ZPO. § 420.

Unter den in ZPO. § 434 bezeichneten Umständen durch den Antrag, das Gericht möge die Vorlegung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anordnen.

2. Befindet sich die Urkunde in den Händen des Gegners und ist dieser zur Vorlegung verpflichtet, so ist ihm vom Gericht auf Antrag des Beweisführers (vgl. § 424) die Vorlegung der Urkunde aufgegeben. Der Antrag des Beweisführers bildet hier die Beweisantretung. ZPO. § 421.

3. Befindet sich die Urkunde in den Händen eines dritten, so ist es Sache des Beweisführers, sie herbeizuschaffen. Die Beweisantretung besteht hier in dem Antrag des Beweisführers, ihm zur Beibringung der Urkunde eine Frist zu bestimmen. ZPO. § 428.

4. Befindet sich die Urkunde bei einer öffentlichen Behörde oder einem öffentlichen Beamten, so hat auf Antrag des Beweisführers, der Regel nach, das Gericht ihre Herbeischaffung zu bewirken: es beschließt, die Behörde oder den Beamten um die Mitteilung der Urkunde zu ersuchen. Die Beweisantretung erfolgt durch die Stellung des Antrages. ZPO. § 432.

Das Ersuchungsschreiben wird vom Vorsitzenden erlassen.

Verweigert allerdings die Behörde oder der Beamte die Mitteilung der Urkunde und behauptet der Beweisführer einen Anspruch darauf zu haben, so gilt nun das gleiche, wie wenn die Urkunde sich in den Händen eines beliebigen Dritten befindet. § 432[2].

Doch ist auch hier die Herbeischaffung der Urkunde der Partei selbst zu überlassen, wenn sie dazu nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichtes im stande ist. ZPO. § 397.

Z. B. eine Notariatsurkunde, ein Grundbuchauszug, Auszug aus dem Personenstandsregister, Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung.

Ist das Prozeßgericht selbst im Besitze der Urkunde, so bedarf es nur eines Antrages auf Herbeiziehung derselben.

III. Ist ein Augenschein beantragt, so ist es immer Sache des Beweisführers, das Objekt der Augenscheinseinnahme zugänglich zu machen.

Nach anderer Meinung sollen die Grundsätze vom Urkundenbeweis entsprechende Anwendung finden.[3])

IV. Zeugnispflicht.[4]) 1. Einer Zeugenladung Folge zu leisten ist jeder verpflichtet, gleichviel ob Inländer oder Ausländer, der sich im Bereiche der inländischen Gerichtsgewalt befindet. Er ist verpflichtet, vor dem Richter zu erscheinen, auszusagen, was er von der Sache weiß, und,

---

[2]) Bei einer Sammlung von Urkunden (auch bei Handelsbüchern) muß die Stelle bezeichnet werden, auf die es speziell ankommt. ERG. Bd. 1 Nr. 151.

[3]) Darüber Heldmann, Z. Bd. 26 S. 413 ff.

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 380 ff. Planck § 111. Schmidt S. 478 ff. Kohler, Gesamm. Beiträge S. 414 ff. und die hier angeführte Literatur. Landau, in Gruchot Bd. 42 S. 484 ff. (über das Zeugniszwangsverfahren).

soweit es gesetzlich erforderlich, auch seine Aussage zu beeidigen. Die Zeugnispflicht ist nicht bedingt durch irgendwelche Beziehung zur Streitsache, sie ist eine allgemeine, öffentlichrechtliche im Bedürfnis der staatlichen Rechtspflege wurzelnde Pflicht.

2. Von dieser allgemeinen Zeugnispflicht gibt es aber nach ihren verschiedenen Richtungen hin und unter verschiedenen Gesichtspunkten zahlreiche Ausnahmen.

1. Ausnahmen von der Erscheinungspflicht:

a) Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannövrischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses sind durch einen beauftragten oder ersuchten Richter in ihrer Wohnung zu vernehmen (§ 375[2]);

b) gewisse oberste Regierungsbeamte (§ 382[1]) sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsort zu vernehmen.

Die Mitglieder des Bundesrats sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesrats an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung an diesem Orte zu vernehmen.

Es muß hienach unter Umständen die Vernehmung durch einen ersuchten Richter geschehen, wo sie sonst vor dem Prozeßgericht erfolgen würde. Dadurch soll vermieden werden, daß die Erfüllung der Zeugnispflicht mit staatlichen Funktionen kollidiere. ZPO. § 382[1,3]. Abweichungen sind möglich mit Genehmigung der nach § 382[3] zuständigen Stelle.

2. Ausnahmen von der Aussagepflicht:

a) Öffentliche Beamte, auch inaktive, dürfen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, nur mit Genehmigung der (nach § 376[1]) zuständigen Stelle vernommen werden; und diese Genehmigung ist dann — aber auch nur dann — zu versagen, wenn (und zwar nach der freien Überzeugung der zuständigen Stelle) die Aussage dem Wohle des Reiches oder eines Bundesstaates Nachteil bereiten würde. (Diese Voraussetzung ist nicht schon dann gegeben, wenn der Fiskus Prozeßpartei ist und die Aussage ihm nachteilig sein würde.)

Die Genehmigung ist von Amts wegen durch das Prozeßgericht einzuholen; ohne sie muß die Vernehmung unterbleiben, auch wenn der Zeuge die Aussage nicht verweigern sollte. ZPO. § 376.

b) Gewisse, gesetzlich bestimmte Gründe berechtigen zur Verweigerung der Aussage.

α) Zur Verweigerung jeder Aussage sind berechtigt diejenigen Personen, die zu einer der Parteien in einem Verhältnis der in ZPO. § 383 Nr. 1—3 bezeichneten Art stehen; sie sind über dieses ihr Recht vor der Vernehmung zu belehren. ZPO. § 383 Abs. 2. (Vgl. StGB. § 157 Nr. 2.)

β) Eine Pflicht zur Aussage besteht insoweit nicht, als ihr eine rechtlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit entgegensteht:

1) Geistliche einer staatlich anerkannten Religionsgemeinschaft dürfen ihr Zeugnis verweigern über Dinge, die ihnen in Ausübung der Seelsorge (z. B. bei der Beichte) anvertraut sind. (Die Ausdehnung auf staatlich zugelassene Religionsgemeinschaften ist nicht unbedenklich.) ZPO. § 383 Nr. 4.

2) Personen ferner, die verpflichtet sind,[5]) Tatsachen, von denen sie kraft ihres

[5]) Zum Teil interessante Kasuistik: z. B. ERG. Bd. 30 Nr. 106, 117, Bd. 50 Nr. 83, Bd. 53 Nr. 5, 12, 29, 41, 80.

Amtes, Standes oder Gewerbes Kenntnis erhalten haben (durch Mitteilung oder eigene Wahrnehmung), geheimzuhalten (vgl. StGB. § 300: „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen"), dürfen bezüglich solcher Tatsachen die Aussage verweigern. § 383 Nr. 5. Die Geheimhaltungspflicht kann sich aus spezieller Vorschrift oder schon aus der Natur der Tatsachen ergeben; letzteres ist der Fall, wenn die Tatsachen zu der Ausübung des Berufes in Beziehung stehen und unter der erkennbaren Voraussetzung offenbart sind, daß sie nach außen hin geheimgehalten werden.

Die Geheimhaltungspflicht (§ 383 Nr. 4 und 5) hat der Richter aber auch von Amts wegen zu beachten; die Vernehmung ist, auch wenn das Zeugnis nicht verweigert wird, auf Tatsachen nicht zu richten, von denen ersichtlich ist, daß sie geheimzuhalten sind. § 383 letzter Absatz.

Auf die Verschwiegenheitspflicht kann sich der Zeuge nicht mehr berufen, wenn er von derselben (wirksam) entbunden ist. § 385[3].

γ) Die Aussage kann verweigert werden auf Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen selbst oder einem Angehörigen (im Sinne des § 383 Nr. 1—3) einen *unmittelbaren* vermögensrechtlichen[6]) *Schaden*[7]) bereiten, zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde; endlich auch die Beantwortung von Fragen, die ohne die Offenbarung eines Kunst- oder Gewerbegeheimnisses (eines eigenen oder fremden, insbesondere des Arbeitgebers) nicht möglich wäre. ZPO. § 384.

Von diesen *Ausnahmen* werden aber in gewissen Beziehungen wieder *Ausnahmen* gemacht: Familienangehörigkeit und drohender Vermögensschaden befreien nicht von der Aussage über die in ZPO. § 385[1] aufgezählten Tatsachen. Nämlich:

1) über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäftes, bei dessen Errichtung der Zeuge als Zeuge zugezogen war;

2) über Geburten, Verheiratungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;

3) über Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten (z. B. erbrechtliche Angelegenheiten, Angelegenheiten des ehelichen Güterrechts) betreffen;

4) über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen; denn in diesen Fällen besteht ein zur Aussage noch *besonders* verpflichtendes Verhältnis.

Wird die Zeugnisweigerung von dem Beweisführer als begründet anerkannt, so muß die Vernehmung unterbleiben, nicht anders, als wenn der Beweisführer auf den Zeugen verzichtet hätte. Bestreitet aber der Beweisführer die Rechtmäßigkeit der Weigerung, so ist darüber — durch Zwischenurteil — zu entscheiden. *Über das Verfahren* s. §§ 386—389. Vgl. dazu unten § 82.

3. Das Ausbleiben eines Zeugen kann durch besondere Umstände entschuldigt sein (ZPO. § 381), und wer in gehöriger Weise (ZPO. § 386[1]) einen Grund zur Zeugnisverweigerung vor dem Termin zu seiner Vernehmung geltend macht, braucht in diesem Termine nicht zu erscheinen, ZPO. § 386[2].

---

[6]) Nicht einen bloß mittelbaren, wie z. B. die Beeinträchtigung geschäftlicher Beziehungen. Vgl. auch ERG. Bd. 32 Nr. 99 (kein vermögensrechtlicher Schade, wenn der Schuldner durch seine Aussage den streitenden Forderungsprätendenten neue Beweismittel hinsichtlich des Schuldverhältnisses an die Hand geben würde).

[7]) Z. B. der Zeuge müßte sich als Teilnehmer an der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung bekennen. Als Schaden im Sinne des § 384 Nr. 1 ist aber *nicht* anzusehen die Erfüllung einer begründeten Verpflichtung, z. B. einer Ersatzpflicht, gegenüber der *unterliegenden* Partei. S.A. Bd. 47 Nr. 168 (RG.).

4. Die Gründe, die zur Verweigerung der Aussage berechtigen, berechtigen den Zeugen auch, die Beeidigung seiner Aussage zu verweigern.

3. Unentschuldigtes Ausbleiben wird bestraft, ZPO. §§ 380, 381; ebenso die Verweigerung der Aussage oder ihrer Beeidigung, wenn entweder kein Grund dafür angegeben oder der angegebene Grund rechtskräftig verworfen ist. ZPO. § 390. Auch sind die durch das unentschuldigte Ausbleiben oder die unberechtigte Weigerung verursachten Kosten vom Zeugen zu tragen. ZPO. §§ 380, 390.

Die Strafe ist Ordnungsstrafe, nicht Kriminalstrafe. Die Verurteilung zu Strafe und Kosten erfolgt, ohne daß es dazu eines Antrages bedarf. Bei wiederholtem Ausbleiben ist die Strafe noch einmal[5]) zu erkennen. Die Strafe (des Ausbleibens wie der unberechtigten Zeugnis- oder Eidesweigerung) ist Geldstrafe bis zu 300 Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, Haft bis zu 6 Wochen. §§ 380, 390.

Bei wiederholtem Ausbleiben kann die zwangsweise Vorführung des Zeugen verfügt werden. Zur Erzwingung der Aussage ist bei wiederholter unberechtigter Weigerung (aber nur auf Antrag) die Haft anzuordnen. ZPO. §§ 380, 390.

Die Haft ist hier Zwangshaft, Exekutivstrafe (wie nach ZPO. §§ 888, 901): es finden auf sie die Vorschriften über die Zwangshaft (ZPO. §§ 904 ff.) entsprechende Anwendung, ZPO. § 390[2]. Sie darf also (nach § 913) nicht über 6 Monate dauern, und endigt schon früher, wenn die Aussage oder Beeidigung erfolgt oder wenn sie nicht mehr zu erfolgen braucht, weil auf das Zeugnis verzichtet oder ein Grund zur Zeugnisweigerung nachträglich eingetreten ist (z. B. Verlöbnis mit einer Partei), oder wenn sie nicht mehr erfolgen kann, weil, wenn auch nur in dieser Instanz, das Verfahren beendigt oder doch der fragliche Streitpunkt (durch Teilurteil oder Zwischenurteil) erledigt ist.

Gegen die Beschlüsse über Strafe und Zwang ist Beschwerde statthaft, §§ 380[3], 390[3].

Festsetzung und Vollstreckung der Strafen gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht. §§ 380[4], 390[4].

Ist das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt (vgl. oben Nr. 2, 3), so unterbleibt die Verurteilung in Strafe und Kosten, sowie die Anordnung der zwangsweisen Vorführung; und die schon gegen den Zeugen getroffenen Verfügungen werden wieder aufgehoben, wenn nachträglich genügende Entschuldigung erfolgt. ZPO. § 381[1].

Die Anzeige und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokoll des Gerichtschreibers, aber auch in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termin mündlich vorgebracht werden. § 381[2].

4. Auf der anderen Seite hat der Zeuge nach Maßgabe der Gebührenordnung (für Zeugen und Sachverständige, neue Fassung vom 20. Mai 1898) Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis, sowie auf Erstattung der Kosten der Reise und des Aufenthalts am Vernehmungsorte, wenn eine Reise zu seinem Erscheinen notwendig war. ZPO. § 401.

---

[5]) Nicht mehr als zweimal (unter den Komment. streitig).

V. Die Verpflichtung, auf Verlangen des Gerichtes als Sachverständiger zu dienen,[9]) wird nur durch besondere Umstände begründet, nicht schon durch die erforderliche Fähigkeit.

1. Verpflichtet ist, wer sich dazu vor Gericht bereit erklärt hat. Verpflichtet ist allgemein, wer zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist (wie z. B. Gerichtsärzte); wer die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, welche zur Begutachtung befähigen, öffentlich und zum Erwerbe (wenn auch nicht als selbständiger Gewerbetreibender) ausübt oder zu deren Ausübung öffentlich bestellt oder ermächtigt ist (wie z. B. Universitätsprofessoren, Rechtsanwälte, Landmesser, wissenschaftlich oder technisch gebildete Beamte). ZPO. § 407.

Die Gründe, die zur Zeugnisverweigerung berechtigen, berechtigen auch zur Verweigerung des Gutachtens; außerdem kann auch aus anderen Gründen das Gericht von der Begutachtung entbinden. Ein öffentlicher Beamter ist nicht als Sachverständiger zu vernehmen, wenn die Vernehmung nach Erklärung seiner vorgesetzten Behörde dienstlichen Interessen nachteilig wäre. ZPO. § 408.

Besondere Bestimmung s. RGes. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst[10]) vom 19. Juni 1901, § 49[4].

2. Unentschuldigtes Ausbleiben oder ungerechtfertigte Verweigerung des Gutachtens zieht Kostenverurteilung und Strafe nach sich. ZPO. § 409.

Die Strafe ist Geldstrafe bis zu 300 Mark; bei wiederholtem Ungehorsam kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu 600 Mark erkannt werden. Der Beschluß ist mit der Beschwerde anfechtbar. Festsetzung und Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, § 409.

3. Anderseits hat (nach Maßgabe der Gebührenordnung) der Sachverständige nicht nur wie der Zeuge Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis und Erstattung von Reise- und Aufenhaltskosten, sondern außerdem noch auf Erstattung der ihm durch das Gutachten verursachten Kosten (Kosten der Vorbereitung des Gutachtens und der für Untersuchung verbrauchten Stoffe und Werkzeuge, GebO. § 3[3]) und auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung. ZPO. § 413.

Die Vergütung ist allerdings in der Regel nach der erforderlichen Zeitversäumnis unter Berücksichtigung der Erwerbsverhältnisse des Sachverständigen zu bemessen; nur bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen ist ihm auf Verlangen für die aufgetragene Leistung eine Vergütung nach dem üblichen Preise derselben (außer der Vergütung für die durch die Teilnahme am Termin verursachte Zeitversäumnis) zu gewähren. GebO. §§ 3, 4.

---

[9]) Komment. zu ZPO. § 407. Planck § 122 III. Schmidt § 89.

[10]) Die einzelnen Mitglieder der Sachverständigenkammern (wie sie in den sämtlichen Bundesstaaten einzurichten sind) sollen nicht ohne ihre Zustimmung und nicht ohne Genehmigung des Vorsitzenden von den Gerichten als Sachverständige vernommen werden.

VI. Pflicht zur Urkundenedition.[11]) 1. Wenn die Urkunde nicht im Besitze des Beweisführers ist, sondern eines anderen, des Gegners oder eines dritten (sei es eines Privaten oder einer Behörde), so ist dieser andere zur Vorlegung („Edition") dann verpflichtet, wenn ein Grund vorliegt, aus dem nach bürgerlichem Recht der Beweisführer von ihm die Herausgabe[12]) oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann (BGB. § 810, vgl. § 811).[13])

Der Gegner ist darüber hinaus auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf die er selbst im Prozesse sich zum Zwecke der Beweisführung bezogen hat:[14]) er wird bei seinem Erbieten festgehalten. ZPO. § 423.

Über Anordnung einer Urkundenvorlage von Amts wegen s. oben § 40 II.

2. Ist von einer Partei beantragt, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben (ZPO. §§ 421, 424), so findet ein eigentümlich gestaltetes Editionsverfahren statt (ZPO. §§ 424—427).

Der Antrag ist, wie jeder Beweisantrag, nur dann beachtlich, wenn die zu beweisende Tatsache erheblich ist. Des weiteren ist zu prüfen, ob der Gegner (falls er die Urkunde besitzt) zur Vorlegung derselben verpflichtet sei.

Der Streit über die Editionspflicht ist Zwischenstreit unter den Parteien. Dazu vgl. unten § 82.

Ist der Gegner editionspflichtig, so kommt es darauf an, ob er den Besitz der Urkunde bestreitet oder nicht. Gesteht er ihn zu oder erklärt er sich nicht, so ordnet das Gericht die Vorlegung an. § 425. Bestreitet er ihn aber, so hat er den sogen. „Editionseid" (§ 426) zu leisten.[15]) Eine andere Beweisführung ist hinsichtlich des Besitzes der Urkunde nicht zulässig.

Die Anordnung, die Urkunde vorzulegen, hat, ebenso wie die Anordnung des Editionseides, die Natur eines Beweisbeschlusses.

Eine Zwangsvollstreckung aber zum Zweck der Vorlage der Urkunde findet nicht statt. Vielmehr tritt, wenn der Gegner der Anord-

---

[11]) Komment. zu ZPO. § 422. Apt, Die Pflicht zur Urkundenedition (1892), wo auch die ältere Literatur. Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79 S. 1 ff.

[12]) S. z. B. BGB. §§ 402, 444, 952.

[13]) Es kann also eine Partei (das nach § 810 BGB. erforderliche rechtliche Interesse ist ohne weiteres gegeben) vom Gegner die Edition verlangen: 1. wenn die Urkunde in ihrem Interesse errichtet ist; es ist nicht erforderlich, daß sie in ihrem ausschließlichen Interesse, auch nicht, daß sie zu dem Zwecke, ihr ein Beweismittel zu verschaffen, errichtet ist; es genügt, daß sie errichtet ist, um eine Tatsache zu beurkunden, die für ein Rechtsverhältnis der Partei von Erheblichkeit ist, ihr rechtliches Interesse berührt; so kann z. B. der Vermächtnisnehmer vom Erben Vorlegung des Testamentes verlangen; 2. wenn in der Urkunde ein zwischen ihr und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist (z. B. eine Vertragsurkunde); dahin gehören auch, die Geschäftsbeziehungen der Parteien betreffende, Einträge in Handelsbücher (so die herrschende Ansicht, vgl. auch ERG. Bd. 20 Nr. 11; dagegen Planck II S. 249, Kohler S. 36), nicht jedoch Aufzeichnungen, die in einseitigem Interesse, z. B. in ein Haushaltungsbuch, gemacht sind; 3. wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält (z. B. eine Korrespondenz), die zwischen ihr und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind.

[14]) Wenn auch nur in einem vorbereitenden Schriftsatze (unten § 49).

[15]) Vgl. unten § 45a.

nung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nachkommt, ein besonderer Prozeßnachteil gegen ihn ein. Wird nämlich vom Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht, so ist diese Abschrift als richtig anzusehen, sie muß als richtig der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. Ist eine Abschrift nicht beigebracht, so müssen zwar nicht, aber es können bei der Entscheidung die Behauptungen des Beweisführers über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde (nicht die zu beweisende Behauptung selbst) als richtig angenommen werden. § 427.

Nicht bloß stellt das Gesetz eine widerlegbare Vermutung auf. (Ausgeschlossen ist also der Beweis, daß die beigebrachte Abschrift ungenau sei.) Der Rechtsnachteil kann aber durch nachträgliche Vorlegung der Urkunde beseitigt werden.

Der Editionszwang ist also Interessezwang: der Editionspflichtige kommt in die ihm nachteilige Prozeßlage, in die er, nach der Behauptung des Beweisführers, durch die Vorlegung der Urkunde versetzt worden wäre. (Vgl. unten § 85.)

Ist absichtlich und rechtswidrig eine Urkunde der Benutzung des Gegners entzogen (durch Beseitigung oder Unbrauchbarmachung), gleichviel in wessen Besitz sie war, so tritt gegen sie ein ähnlicher Rechtsnachteil ein: die Behauptungen des Gegners über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde können als richtig angesehen werden. ZPO. § 444.

Dieser Rechtsnachteil ist nicht wesentlich Strafe — die Behauptungen des Gegners können ja richtig sein; sondern Äquivalent für einen Schadensersatzanspruch, der sonst, eben mangels der Urkunde, undurchführbar sein würde, Schadensersatz in Gestalt des Beweisersatzes. Er ist schon ausgesprochen in l. 20 C. de prob. 4, 19.

VI. Ebensowenig besteht eine allgemeine Pflicht zur Edition von Augenscheinsobjekten. Wer ein Augenscheinsobjekt besitzt, hat es vorzulegen, wenn gegen ihn nach bürgerlichem Recht ein Anspruch des Beweisführers auf Herausgabe oder Vorlegung[16]) begründet ist.

Nach anderer Meinung sollen die Regeln über die Urkundenedition entsprechend anzuwenden sein.[17]) Vgl. übrigens das oben § 40 II, III hinsichtlich des Augenscheins von Amts wegen Bemerkte.

§ 43.

Beweisaufnahme.[1])

Die Beweisaufnahme gestaltet sich naturgemäß verschieden nach der Art des Beweismittels.

I. Beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise besteht sie

[16]) Auf Grund eines besonderen Schuldverhältnisses oder nach BGB. § 809.

[17]) So besonders Kohler, Prozeßrechtl. Forschungen S. 78 ff. Planck II S. 263 ff. Dagegen Heldmann, Z. Bd. 26 S. 407 ff. — Es besteht insbesondere keine Pflicht der Partei zur Vorweisung des eigenen Körpers; darüber Friedrichs, Z. Bd. 19 S. 390 ff. Heldmann, Z. Bd. 26 S. 430 ff. (für den Strafprozeß auch Beling, Z. f. d. gesamte Strafrechtswissensch. Bd. 15 S. 471 ff.). Wohl aber ist möglich, daß nach dem unter den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse es wider Treu und Glauben verstoßen würde, wollte eine Partei ohne besonderen Grund die verlangte Besichtigung weigern; und dann kann aus ihrer Weigerung ein Beweisgrund gegen sie entnommen werden. S. auch S.A. Bd. 53 Nr. 127 (RG.). — Vgl. unten § 43 N. 4.

[1]) Die Literatur über die einzelnen Beweismittel s. unten in § 44a.

in der Vernehmung (und zwar der Regel nach, der eidlichen, vgl. unten § 44a II 6) des Zeugen, des Sachverständigen.

1. Die Vernehmung des Zeugen beginnt mit den sogen. Generalfragen (in Bezug auf die Person und Glaubwürdigkeit des Zeugen, ZPO. § 395, vgl. unten § 44a II 2). Die Vernehmung „zur Sache" geschieht in der Weise, daß zunächst der Zeuge, was er über den fraglichen Gegenstand weiß, im Zusammenhang anzugeben veranlaßt wird, dann nötigenfalls noch zur Aufklärung oder Vervollständigung dienliche Fragen gestellt werden. ZPO. § 396[1] [2]. Die Vernehmung ist in erster Linie Sache des Vorsitzenden; doch hat dieser auch jedem Gerichtsmitgliede auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen. ZPO. § 396[3]. Vgl. dazu ZPO. § 140. Nach seinem Ermessen kann das Prozeßgericht auch die wiederholte Vernehmung anordnen. ZPO. § 398.

Seine Aussage hat der Zeuge mündlich zu machen.

Wohl darf der Zeuge durch schriftliche Aufzeichnungen (namentlich wo es sich um Zahlenangaben handelt) sein Gedächtnis unterstützen, nicht aber die ganze Aussage ablesen, noch weniger sie durch Übergabe eines Schriftstückes ersetzen.[3])

2. Auf die Vernehmung der Sachverständigen sind die Regeln vom Zeugenbeweis entsprechend anzuwenden. ZPO. § 402. Doch kann das Gericht schriftliche Begutachtung anordnen. ZPO. § 411.

Dann hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Zur mündlichen Erläuterung des Gutachtens kann aber der Sachverständige nachträglich noch geladen werden.

Die nötigen Unterlagen für sein Gutachten kann der Sachverständige erhalten: durch Instruktion des Vorsitzenden, durch Einsicht der Prozeßakten, durch Besichtigung des zu begutachtenden Gegenstandes (z. B. der beanstandeten Ware), durch Anwesenheit bei der Prozeßverhandlung oder bei einer Beweisaufnahme (insbesondere bei der Einnahme eines Augenscheins, vgl. ZPO. § 372).

Sind mehrere Sachverständige bestellt, so kann das Gericht die Erstattung eines gemeinschaftlichen Gutachtens anordnen.

Begutachtung durch Vereine oder Behörden ist in einzelnen Gesetzen (z. B. RGes. über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901, § 49: Sachverständigenkammern) besonders zugelassen, der ZPO. selbst aber unbekannt (anders StPO. §§ 83[3], 91[1], 92, vgl. 255).

II. Die Einnahme des Augenscheins vollzieht sich durch die Wahrnehmung, die am Augenscheinsobjekt der Richter mit eigenen Sinnen (sei es Gesicht oder Gehör, Geruch, Gefühl) macht.[3])

Die Bezeichnung „Augenschein" ist vom regelmäßigen Fall entnommen.

Augenscheinsobjekt kann nicht nur eine Sache, sondern auch eine Person sein (z. B. der durch die unerlaubte Handlung Verletzte).[4])

[2]) ERG. Bd. 16 Nr. 21.

[3]) Beispiele zu entnehmen aus BGB. § 906.

[4]) Vgl. oben § 42 N. 17. Es soll z. B. konstatiert werden, ob er wieder erwerbsfähig geworden.

Zur gehörigen Darbietung des Augenscheinsobjektes können unter Umständen besondere Vorkehrungen nötig sein. (Es ist eine Maschine in Gang zu setzen, ein Pferd vorzureiten.)

Bei der Einnahme des Augenscheins können durch Anordnung des Gerichtes ein oder mehrere Sachverständige zugezogen werden. ZPO. § 372[2].

III. Die maßgebende Beweisaufnahme besteht beim Urkundenbeweise darin, daß der Richter die Urkunde einsieht und liest. Ob es nötig, daß die Urkunde in der mündlichen Verhandlung durch eine der Parteien vorgelesen werde, ist in der Lehre von der Mündlichkeit der Verhandlung zu erörtern.[5])

Ist eine Urkunde in fremder Sprache abgefaßt, so kann das Gericht anordnen, daß eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Übersetzung beigebracht werde. ZPO. § 142[3].

IV. Der zugeschobene oder zurückgeschobene Eid ist beeidigte Parteierklärung, eidliche Behauptung oder Bestreitung einer Tatsache. Den zugeschobenen Eid hat der Gegner des Beweispflichtigen, den zurückgeschobenen Eid der Beweispflichtige zu leisten. Der Eid wird stets, auf Grund der Parteierklärungen, vom Gericht formuliert und ist vor Gericht (vor dem Prozeßgericht oder einem beauftragten oder ersuchten Richter) zu leisten, er wird vom Richter „abgenommen". In der Eidesleistung besteht hier die Beweisaufnahme.

Über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden (und zwar jeder Art, auch z. B. Zeugeneid, Editionseid) s. ZPO. §§ 478 ff., vgl. unten § 46.

V. Die Eidesleistung ist eine „höchst persönliche" Handlung. Der Eid kann nur von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden. ZPO. § 478.

Nach manchen Landesrechten (E.ZPO. § 5, so z. B. Preuß. Kabinettsorder vom 15. September 1836) haben die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien das Privileg, den Eid durch einen Bevollmächtigten ableisten zu dürfen (nach Preuß. AGes. z. ZPO. § 2 auch da, wo der Eid nicht durch die zu ihrer gesetzlichen Vertretung berufene Behörde geleistet werden kann).

Sonst ist zur Beweisaufnahme die Anwesenheit der Parteien prinzipiell nicht erforderlich: auch wenn im Termin zur Beweisaufnahme eine Partei oder beide Parteien nicht erscheinen, so ist doch die Beweisaufnahme zu bewirken, soweit dies nach Lage der Sache möglich ist.[6]) ZPO. § 367[1].

Es kann unter Umständen die Beweisaufnahme durch die Abwesenheit einer Partei unausführbar sein, z. B. es bedarf der näheren Bezeichnung oder Vorlegung eines Augenscheinsobjektes.

Über die Versäumung des Eidestermins durch die schwurpflichtige Partei s. unten § 93.

---

[5]) S. unten § 48.

[6]) Das gilt namentlich auch für die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte. So die herrschende (nicht unbestrittene) Meinung. (S. Komment. zu ZPO. § 367).

Wohl aber sind die Parteien *berechtigt*, der Beweisaufnahme beizuwohnen (ZPO. § 357)[7]) und darauf bezügliche Anträge zu stellen. Beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise insbesondere sind sie berechtigt, dem Zeugen (oder Sachverständigen) durch den Vorsitzenden diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen (oder Sachverständigen) für dienlich erachten. Auch *kann* der Vorsitzende ihnen persönlich und *muß* ihren Anwälten auf Verlangen gestatten, unmittelbar Fragen zu stellen. Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht. ZPO. §§ 397, 402.

Diese Bestimmung stellt sich in Gegensatz zum gemeinen und preußischen Recht, wonach bei Zeugenvernehmung die Anwesenheit der Parteien ausgeschlossen war.

Die Nachholung einer wegen Abwesenheit einer Partei unterbliebenen oder die Vervollständigung einer infolge der Abwesenheit einer Partei unvollständigen Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird; allemal aber auch dann, wenn ihre Abwesenheit unverschuldet war.

Das letztere ist glaubhaft zu machen; bei einem Antrag auf Vervollständigung ist auch glaubhaft zu machen, daß durch die Abwesenheit der Partei eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei. ZPO. § 367[2].

VI. Der Beweisführer kann „auf das Beweismittel verzichten", d. h. seinen Antrag auf Beweisaufnahme zurücknehmen, auch wenn mit der Beweisaufnahme bereits begonnen ist; dann unterbleibt sie oder wird nicht weiter fortgesetzt.[8]) Es kann sich aber der Gegner den Antrag des Beweisführers zu eigen machen, er kann auf der Beweisaufnahme oder ihrer Fortsetzung bestehen. Insbesondere kann, wenn der Beweisführer auf einen Zeugen (oder Sachverständigen) verzichtet, der Gegner verlangen, daß der *erschienene* Zeuge oder Sachverständige vernommen oder seine Vernehmung fortgesetzt werde. ZPO. §§ 399, 402. Und auf eine *vorgelegte* Urkunde kann der Beweisführer nur mit Zustimmung des Gegners verzichten. ZPO. § 436.

„Documenta per productionem fiunt communia".[9])

Das Ergebnis aber der einmal stattgehabten Beweisaufnahme ist vom Richter unbedingt zu berücksichtigen, ein gegenteiliger Wille der Parteien ist bedeutungslos.

---

[7]) Darum ist das Beweisverfahren mangelhaft, wenn den Parteien der Termin zur Beweisaufnahme nicht rechtzeitig mitgeteilt war. ERG. Bd. 6 Nr. 105.

[8]) Weigert sich der Beweisführer, den zu begutachtenden Gegenstand vorzuweisen, so wird die Beweisaufnahme unausführbar, doch liegt darin nicht notwendig ein Verzicht auf den Sachverständigenbeweis. ERG. Bd. 46 Nr. 103.

[9]) Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. Bd. 1 S. 113 ff.

§ 43a.

Insbesondere Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.[1])

I. Die Beweisaufnahme muß in der Regel unmittelbar vor dem erkennenden Gericht erfolgen. ZPO. § 355[1]. Das ist das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

Vgl. dazu unten §§ 47, 48, 50. Es ist eine einleuchtende Forderung, daß diejenigen Richter auch bei der Beweisaufnahme selbst mitwirken sollen, die über ihr Ergebnis zu urteilen berufen sind. Die Beweisaufnahme vor einem anderen Richter vergrößert die Gefahr von Mißverständnissen; auch kann dabei für die freie Beweiswürdigung wichtiges Material verloren gehen, das nur der unmittelbare Eindruck der Beweisaufnahme zu liefern vermag. Ganz besonders gilt das vom Zeugenbeweis; vgl. unten § 44a II.

II. Nur in bestimmten Fällen, aus zwingenden praktischen Gründen, gestattet das Gesetz, daß die Beweisaufnahme einem Mitgliede des Gerichtes (einem „beauftragten Richter") oder einem anderen deutschen Gerichte (einem „ersuchten Richter", GVG. § 159) oder einer Behörde im Auslande übertragen werde. ZPO. § 355[1].

Beauftragter Richter kann, bei der Kammer für Handelssachen, auch ein Handelsrichter sein. — Die Beweisaufnahme kann auch einem Gerichtsmitglied übertragen werden, das nicht beim Beweisbeschlusse mitgewirkt hat (was allerdings nicht wünschenswert ist).

1. Die Übertragung kann durch den Beweisbeschluß erfolgen oder durch einen besonderen Beschluß. Der Beschluß über die Art der Beweisaufnahme (ob vor dem erkennenden Gericht oder einem beauftragten Richter oder einem anderen Gerichte) kann weder unmittelbar noch mittelbar[2]) (ZPO. §§ 512, 548) angefochten werden. ZPO. § 355[2].

Die Meinung, daß unanfechtbar sei nur die Entscheidung darüber, ob die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder vor einem ersuchten Richter stattzufinden habe, hat in dem Wortlaut des Gesetzes keinen Halt. Bestritten ist auch, ob die Übertragung der Beweisaufnahme um deswillen angefochten werden könne, weil sie aus einem ungesetzlichen Grunde erfolgt sei; aber daß ein Gericht ausdrücklich einen ungesetzlichen Grund angäbe, wird kaum vorkommen; und der Beschluß kann, nach dem Wortlaut des Gesetzes, auch nicht um deswillen angefochten werden, weil ein gesetzlicher Grund zu Unrecht als vorhanden angenommen sei. Wohl aber kann das Gericht selbst seinen Beschluß abändern.

2. Das Ergebnis einer nicht vor dem Prozeßgericht erfolgten Beweisaufnahme wird diesem durch das Protokoll vermittelt, das in der mündlichen Verhandlung von den Parteien vorzutragen ist. ZPO. § 285[2].

---

[1]) Komment. zu ZPO. § 355. Planck § 40 II B. Schmidt §§ 74, 81. Vgl. auch die Literatur unten zu §§ 47 f.

[2]) ERG. Bd. 11 Nr. 97, Bd. 46 Nr. 102.

Dazu vgl. unten § 48 VII. Das Protokoll über die Beweisaufnahme vor einem ersuchten Richter wird von diesem dem Gerichtschreiber des Prozeßgerichtes übersandt, der dann von dem Eingang (formlos) die Parteien benachrichtigt. § 362[2].

3. Zulässig ist die Beweisaufnahme vor einem beauftragten Richter oder vor einem anderen Gericht in folgenden Fällen:

1) Ein Augenschein kann ganz nach freiem Ermessen des Prozeßgerichts einem beauftragten Richter oder einem anderen Gericht übertragen werden. ZPO. § 372[2].

2) Zeugenvernehmung durch einen beauftragten Richter oder ein anderes Gericht ist statthaft (ZPO. § 375):

a) wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung an Ort und Stelle dienlich erscheint;

Es handelt sich z. B. um die Explikation einer Örtlichkeit mit Bezug auf eine Grenzstreitigkeit oder eine Grunddienstbarkeit oder eine unerlaubte Handlung.

b) wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde, und zwar solchen, die in der Art der Beweisaufnahme gelegen sind.

Z. B. die Aussage steht in Beziehung zu umfangreichen und verwickelten Rechnungen, Büchern, Akten, Plänen. Oder es handelt sich um eine große Zahl von Zeugen, deren Vernehmung sehr zeitraubend ist. — Geschäftsüberlastung des Gerichtes ist kein Umstand, der die Beweisaufnahme selbst zu einer schwierigen macht, wird aber vielfach in der Praxis als ausreichender Grund angesehen, so daß bei manchen Gerichten die Unmittelbarkeit der Zeugenbeweisaufnahme tatsächlich sogar die Ausnahme bildet.[3])

c) wenn der Zeuge (nicht bloß ganz vorübergehend) verhindert ist (z. B. durch Krankheit), vor dem Prozeßgericht zu erscheinen.

d) wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.

Bei der Frage, ob auf die Entfernung Rücksicht zu nehmen, ist auch auf die Bedeutung der Aussage und auf den Wert des Streitgegenstandes (der Kosten wegen) zu sehen.

e) die Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der ihnen gleichgestellten Familien (der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannöverischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses) sind in ihrer Wohnung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu vernehmen. ZPO. § 375[2].

f) die Vorschrift des § 382 ZPO., wonach gewisse Personen an ihrem Amtssitze oder dem Orte ihres Aufenthalts zu vernehmen sind, bedingt gleichfalls eine Ausnahme, wenn der Ort der Vernehmung von dem Orte des Prozeßgerichtes verschieden ist.

---

[3]) Wach, Die zivilprozessualische Enquête, Ergänzungsheft zu Z. Bd. 11 S. 121 ff.

3) Diese Bestimmungen über die Zeugenbeweisaufnahme finden auf den Sachverständigenbeweis entsprechende Anwendung. ZPO. § 402. Außerdem können in jedem Fall eines Augenscheins vor einem beauftragten oder ersuchten Richter Sachverständige zugezogen, deren Ernennung auch dem beauftragten oder ersuchten Richter überlassen werden. ZPO. § 372.

4) Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse untunlich ist oder wenn sie wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgnis des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann die Vorlegung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angeordnet werden. ZPO. § 434.

Z. B. es handelt sich um weitläufige Akten, Handelsbücher.

Das Protokoll muß hier selbstverständlich über alle Umstände Auskunft geben, die für die Würdigung der Beweiskraft der Urkunde von Erheblichkeit sind, z. B. über die ordnungsmäßige Führung der Handelsbücher, über den äußeren Zustand der Urkunde (ZPO. § 419).

5) Hinsichtlich der Leistung eines Parteieides vor einem beauftragten Richter oder einem anderen Gerichte s. ZPO. § 479.

4. Der beauftragte Richter wird vom Vorsitzenden bei der Verkündung des Beweisbeschlusses bezeichnet. ZPO. § 361[1]. Der Vorsitzende hat das Ersuchungsschreiben zu erlassen, wenn die Beweisaufnahme vor einem ersuchten inländischen Richter oder im Ausland erfolgen soll. ZPO. §§ 362[1], 363.

Kann im letzteren Falle die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so muß allemal dieser ersucht werden; sonst ist natürlich das Ersuchen an die nach dem ausländischen Recht zuständige Behörde zu richten. ZPO. § 363.

a) Zur Beweisaufnahme befugt sind diejenigen Konsuln, welche zur Ausübung der Konsulargerichtsbarkeit vom Reichskanzler ermächtigt sind in denjenigen Ländern, in welchen sie nach Herkommen oder Staatsverträgen ausgeübt werden darf. RGes. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900, §§ 1, 6, 7 Nr. 1. Außerdem sind noch zur Abhörung von Zeugen oder Abnahme von Eiden diejenigen Konsuln befugt, die besonders hiezu vom Reichskanzler ermächtigt sind. BG. vom 8. November 1867 betreffend die Organisation der Bundeskonsulate, § 20.

b) Es richtet sich nach internationaler Vereinbarung, ob die zuständige Behörde direkt oder ob sie nur auf diplomatischem Wege (durch Vermittlung des betreffenden deutschen Gesandten) erfolgen kann. S. insbesondere Haager Konvention (oben § 14b V), Art. 5—10.

Handelt es sich aber um eine Beweisaufnahme durch eine ausländische Behörde, so kann das Gericht es dem Beweisführer überlassen, das Ersuchungsschreiben zu bestellen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben; ja, es kann sich sogar auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine dem ausländischen Recht entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe. ZPO. § 364[1 2].

Dazu kann insbesondere Veranlassung sein, wenn nach dem ausländischen Recht die Beweisaufnahme von der Partei selbst zu betreiben ist; oder wenn in unkultivierten

Ländern der Erfolg des Ersuchens ungewiß ist, während die Partei selbst, vielleicht mit Hilfe von Geschäftsfreunden, die Beweisaufnahme zu erwirken im stande wäre. Der Beweisführer hat in diesen Fällen den Gegner, wenn möglich, von Ort und Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntnis zu setzen, daß er seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag; ist die Benachrichtigung unterlassen, so hängt es vom Ermessen des Gerichtes ab, ob und inwieweit der Beweisführer von dem Ergebnis der Beweisaufnahme Gebrauch machen darf. § 364[4].

5. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat den Beweisbeschluß auszuführen und alle hiezu erforderlichen Anordnungen zu treffen.

Z. B. die Ladung von Zeugen zu verfügen; er ist ermächtigt, den Zeugniszwang auszuüben: bei Nichterscheinen des Zeugen oder Zeugnisweigerung die entsprechenden Verfügungen (ZPO. §§ 380, 381, 390) zu treffen, auch, soweit zulässig, wieder aufzuheben und dies auch noch nach Erledigung des Auftrages; er kann die nochmalige Vernehmung eines Zeugen bewirken und hat über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage *vorläufig* zu entscheiden, während die endgültige Entscheidung dem Prozeßgerichte zusteht. ZPO. § 400. Hat er die Stellung einer von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung über diese Frage anordnen. ZPO. § 398[3], vgl. § 398[2]. Die gleichen Befugnisse stehen ihm hinsichtlich der Vernehmung von Sachverständigen zu, ZPO. § 402; er kann vom Prozeßgericht zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigt sein und hat dann die in dieser Beziehung dem Prozeßgericht zukommenden Befugnisse (§ 404) auszuüben (§ 405, vgl. § 372[2]), auch über die Ablehnung eines Sachverständigen zu entscheiden (§ 406[2 4]).

Hängt die Fortsetzung der Beweisaufnahme von einer Entscheidung ab, zu der er selbst *nicht* befugt ist (z. B. über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisweigerung, ZPO. § 387, vgl. § 389), so hat er die Entscheidung des Prozeßgerichtes einzuholen. ZPO. § 366.

Vgl. auch ZPO. § 229 und dazu unten § 70.

Ergeben sich nachträglich Gründe, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen (z. B. der zu vernehmende Zeuge hält sich im Bezirke des ersuchten Gerichtes nicht auf), so ist er ermächtigt, dieses andere Gericht um die Beweisaufnahme zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntnis zu setzen. ZPO. § 365.

III. *Abgeschwächt* erscheint das Prinzip der Unmittelbarkeit, auch in Hinsicht auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, durch den *Protokollierungszwang*; vgl. unten § 50 I 4. Nicht durchgeführt ist das Prinzip für die *Berufungsinstanz*, insofern, als das Berufungsgericht auf Grund der Beweisergebnisse der ersten Instanz urteilen kann; vgl. dazu unten § 99. — Zu einer Abweichung von dem Prinzipe der Unmittelbarkeit führt auch die Beweissicherung (s. unten § 53).

§ 44.

Beweiswürdigung.[1])

I. Die Entscheidung des Rechtsstreites erfordert die Feststellung des konkreten Tatbestandes, die Feststellung, inwieweit die tatsächlichen Be-

[1]) Komment. zu ZPO. § 286. Planck § 106. Schmidt §§ 53, 82 III, IV. Ude, Z. Bd. 6 S. 419 ff. Bähr, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 25 S. 394 ff. Seuffert, Über richterliches Ermessen (1880). — Vgl. auch die oben zu § 36 zitierte Literatur.

hauptungen der Parteien als richtig anzusehen seien. Diese Feststellung ist unter Umständen schon ohne weiteres auf Grund der Parteiverhandlung möglich.

Alle erheblichen Tatsachen sind zugestanden oder offenkundig; oder zugestandene oder offenkundige Tatsachen gestatten einen sicheren Schluß auf die bestrittenen Tatsachen.

Es kann jede Beweisaufnahme dadurch überflüssig werden, daß auch nur für eine einzige beweisbedürftige Tatsache ein Beweis nicht angetreten und deshalb ohne weiteres gegen die Partei zu entscheiden ist, der die Beweislast obliegt; z. B. es ist kein Beweis angetreten für eine klagbegründende Tatsache; oder der Klaggrund steht fest und es fehlt an der Beweisantretung für eine Einredetatsache.

Hat aber eine Beweisaufnahme stattgefunden, so ist ihr Ergebnis zu prüfen, es ist zu prüfen, ob hienach die streitige Tatsache als bewiesen oder nicht bewiesen anzusehen sei.

II. Der Beweis im prozeßrechtlichen Sinne ist ein Rechtsbegriff: eine Tatsache ist bewiesen, wenn für sie ein den Anforderungen des Prozeßrechtes genügender Beweis erbracht ist. Das Prozeßrecht kann sich aber zur Beweisfrage in verschiedenem Sinne verhalten. Es kann 1. dem Richter durch allgemeine Regeln vorschreiben, unter welchen Voraussetzungen er eine Tatsache als bewiesen oder nicht als bewiesen anzusehen habe, oder es kann ihn 2. auf seine Überzeugung verweisen, die er sich nach den Umständen des Falles frei (d. h. durch keine gesetzlichen Regeln gebunden) zu bilden habe. Danach unterscheidet man gesetzliche Beweisregelung (gesetzliche Beweistheorie) und freie Beweiswürdigung.

Beweiswürdigung ist die Erwägung, ob ein Umstand für die richterliche Überzeugung von „Wert" und was er „wert" sei; sie ist „frei" (nicht wenn sie willkürlich, sondern) wenn sie nicht an gesetzliche Regeln gebunden ist.

III. Die gesetzlichen Beweisregeln können positive oder negative sein. Positive Beweisregeln sind solche, die dem Richter vorschreiben, unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als bewiesen anzusehen; negative Beweisregeln sind solche, die dem Richter verbieten, unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als bewiesen anzusehen, die eine bestimmte Art der Beweisführung für ungenügend erklären.

Ihnen nahe verwandt sind die Regeln über die Aufnahme des Beweises, insofern der Richter die Ergebnisse einer Beweisaufnahme nicht verwerten darf, die den gesetzlichen Regeln nicht entspricht.

1. Der Gegensatz der gesetzlichen Beweisregelung und der freien Beweiswürdigung tritt am schärfsten auf dem Gebiete des Zeugenbeweises hervor. Nach gemeinem Prozeßrecht[2]) (vgl. l. 12 D. de test. 22, 5; c. 4; c. 23. X. de test. 2, 20 im Anschluß

[2]) Bayer, Vorträge §§ 241 f., 272. Wetzell §§ 21, 26. Zink, Über die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Zivilprozesse (1860), wo dem französischen Beweissystem das gemeinrechtliche gegenübergestellt, und wohl noch etwas schwärzer gemalt wird, als es ohnehin schon war.

an Deuteronomium c. 17 und Matthäusevangelium c. 18 v. 16) wird durch übereinstimmende Aussagen zweier und zwar sogen. „klassischer" Zeugen der volle Beweis einer Tatsache erbracht; nicht klassische Zeugen sind die unfähigen Zeugen (inhabiles, z. B. Meineidige) und die verdächtigen (suspecti, z. B. der Ehegatte einer Partei).

Eine negative Beweisregel ist der gemeinrechtliche Grundsatz, daß Indizien keinen vollen Beweis machen (abgesehen von Fällen, in denen die Schlußfolgerung eine kraft Naturgesetzes notwendige ist). Ist kein voller Beweis erbracht, so wird einer der Parteien ein richterlicher Eid (iuramentum necessarium im Gegensatz zu dem zugeschobenen Eide, dem iuramentum voluntarium) auferlegt: entweder dem Beweispflichtigen ein Ergänzungseid (iuramentum suppletorium) oder dem Gegner ein Reinigungseid (iuramentum purgatorium), je nach dem Wert des erbrachten Beweises, den man ziffermäßig zu bezeichnen versuchte (halber Beweis, mehr als halber, weniger als halber Beweis).

Eine negative Beweisregel ist die Bestimmung des französischen Rechts (Code civile art. 1341), daß für ein Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand den Wert von 150 Franken übersteigt, Zeugenbeweis nicht zulässig sei.

2. Gesetzliche Beweisregeln sind Schranken der richterlichen Willkür, das ist ihr wesentlicher Zweck und Vorzug. Sie beschränken aber auch die Ermittelung der Wahrheit, da es ganz unmöglich ist, alle die mannigfachen Umstände, die für die Beweiswürdigung von Belang sein können, mit allgemeinen Regeln zu umspannen.

Gesetzliche Beweisregeln *wollen* selbstverständlich der Wahrheitsermittelung dienen; sie gehen von der Annahme aus, daß bestimmte Umstände allgemein für die richterliche Überzeugung genügen oder nicht genügen. Jedenfalls aber ist danach eine Tatsache bewiesen oder nicht bewiesen, wenn diese Umstände gegeben sind, und die wirkliche Überzeugung des Richters im einzelnen Falle ist gleichgültig. Soweit aber freie Beweiswürdigung gilt, ist eine Tatsache nur dann und allemal dann bewiesen, wenn der Richter von ihrer Wahrheit überzeugt ist: die Überzeugung des Richters zu begründen, ist der Zweck des Beweisens; auch in diesem Sinne: *iudici* fit probatio.

IV. Die *Zivilprozeßordnung* stellt in ihrem § 286 den Grundsatz der *freien Beweiswürdigung* auf:

„Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei."

Aber dieser Grundsatz ist *eingeschränkt* durch eine Reihe gesetzlicher Beweisregeln (ZPO. § 286[2]) und durch Regeln über die Beweisaufnahme.

1. Das Gesetz verlangt eine auf *Gründen* beruhende Überzeugung, und verlangt, daß die Gründe, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind, in dem Urteile angegeben werden. § 286[1] Satz 2.

Der in dieser Forderung liegenden Kontrolle kann sich das Gericht nicht durch allgemeine Redensarten entziehen, wie die: „es habe auf Grund der Zeugenaussagen die Überzeugung gewonnen u. s. w." Es soll sich und anderen über die Gründe seiner Überzeugung im einzelnen genaue Rechenschaft geben. Es soll nach Gründen urteilen, die geeignet sind, auch andere zu überzeugen. Es soll sich nicht durch subjektive Eindrücke bestimmen lassen, sondern nur durch objektiv gültige Gründe, d. h. durch Gründe, die im Einklang stehen mit den Gesetzen des Denkens und den Regeln der Erfahrung.

Nun läßt sich aber keine Tatsache in dem Sinne beweisen, daß das Gegenteil völlig undenkbar wäre. Für den Beweis einer *Tatsache* ist zwar erforderlich, aber auch genügend, daß Gründe vorliegen, die einen normal denkenden Menschen bestimmen, nach

den Regeln der Erfahrung die Tatsache für wahr zu halten. Wie der Übergang von der Wahrscheinlichkeit zur Gewißheit ein allmählicher ist, so können diese Gründe, jeder für sich allein, stärkere oder schwächere sein, können sich wechselseitig verstärken, durch Gegengründe abgeschwächt, aufgewogen, überwogen werden — und darauf gerade beruht die Möglichkeit eines Gegenbeweises.

2. Die Gründe müssen der Verhandlung der Parteien und einer etwaigen Beweisaufnahme entnommen sein, und selbstverständlich sind sie, nicht bloß jeder für sich, sondern in ihrem Zusammenhang, unter Berücksichtigung insbesondere „des gesamten Inhalts der Verhandlungen" (§ 286) zu würdigen.

a) Nicht darf der Richter sein zufälliges, privates, Wissen von einer Tatsache verwerten, und ist er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen, so ist er in dieser Sache vom Richteramt kraft Gesetzes ausgeschlossen. ZPO. § 41 Nr. 5. Denn in der unbefangenen Prüfung der Aussage des Zeugen oder Sachverständigen durch eine andere Person, den Richtern, liegt eine wichtige Garantie für die Richtigkeit der Entscheidung.

b) Die dem Gerichte offenkundigen Tatsachen (oben § 35) bedürfen darum keines Beweises, weil sie entweder amtlich dem Richter bekannt oder so allgemein anerkannt sind, daß es, auch nach außen hin, gar keiner besonderen Begründung bedarf, wenn der Richter sie gleichfalls für wahr annimmt. ZPO. § 291. Offenkundig können übrigens nicht bloß konkrete Tatsachen, sondern auch Erfahrungsregeln[3]) als Ergebnis der Beobachtung einer größeren Reihe von Tatsachen sein. So die hergebrachte Meinung. Nach anderer Auffassung[4]) fallen Erfahrungssätze nicht unter den Begriff der offenkundigen Tatsachen (wenigstens nicht im Sinne des § 291 ZPO.). Im Kollegium genügt es, wenn der Mehrheit der Richter eine Tatsache offenkundig ist, GVG. § 198 (nach anderer Meinung soll Einstimmigkeit erforderlich sein; ein Grund für diese Ausnahme ist nicht einzusehen).[5]) Einen Beweis der Offenkundigkeit kann es der Natur der Sache nach nicht geben;[6]) der Beweis, eine Tatsache werde allgemein als wahr angenommen, kann jedoch als Indizienbeweis von Bedeutung sein.

3. Beweisregeln der ZPO.

a) Die Beweisregeln, die sich auf den Urkundenbeweis beziehen (§§ 415—418), dienen dem Bedürfnisse des Verkehrs, der sich der Urkunden bedient, um den Beweis rechtserheblicher Tatsachen gerade auch für den Fall eines Prozesses sicher zu stellen: die Erreichung dieses Zweckes soll durch feste Beweisregeln nach Möglichkeit gewährleistet werden.

b) Ganz unter gesetzlichen, jede Beweiswürdigung ausschließenden Regeln steht der Parteieid — von dem aber bezweifelt werden darf, ob er überhaupt noch zu den Beweismitteln im eigentlichen Sinne zu rechnen sei, vgl. unten 45.

c) Von den Regeln über die Beweisaufnahme (s. oben III) ist von besonderer Bedeutung der Satz, daß das Zeugnis, wie das Gutachten, der Regel nach beeidigt sein muß. Vgl. unten § 44a.

4. Als Beweisgrund bezeichnet man einen Umstand, der für die richterliche Überzeugung bestimmend ist.

V. Insbesondere Schadenswürdigung. ZPO. § 287.

1. Fragt es sich, ob infolge eines Ereignisses ein Schaden ent-

---

[3]) S. unten § 56.
[4]) So Stein in der angeführten Schrift.
[5]) Stein a. a. O. S. 154.
[6]) ERG. Bd. 13 Nr. 97. Stein a. a. O. S. 168.

ſtanden ſei und wie hoch er ſich belaufe, ſo läßt ſich oft überhaupt keine volle Gewißheit,[7]) ſondern mehr nicht als ein gewiſſer Grad von Wahrſcheinlichkeit erzielen, und mehr wird denn auch vom Geſetze nicht gefordert.

Es handelt ſich hier auch nicht immer bloß um die Feſtſtellung von Tatſachen, ſondern um *hypothetiſche Urteile*, bei denen in beſonderem Maße das Gericht darauf angewieſen iſt, das Regelmäßige ohne weiteres auch als das für den gegebenen Fall Zutreffende zu behandeln: „Wie hätte ſich die Vermögenslage des Geſchädigten geſtaltet, wenn das ſchädigende Ereignis nicht eingetreten wäre? Wäre der Schaden auch entſtanden und in dieſem Umfang entſtanden, wenn nicht ein anderes Ereignis eingetreten, ein eigenes Verſchulden des Verletzten hinzugekommen wäre?" Vgl. insbeſondere BGB. §§ 251—254, 842—848. Ganz beſonders gilt das Geſagte für den entgangenen Gewinn; vgl. BGB. § 252: „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge", „mit Wahrſcheinlichkeit erwartet".

2. Auch eine genaue *Begründung* ſeiner Annahmen in allen ihren Einzelheiten iſt dem Gerichte hier nicht immer möglich, und das Geſetz erläßt ſie ihm.

3. Weil das Gericht hier ganz nach freiem Ermeſſen entſcheidet, ſo kann es auch eine beantragte Beweisaufnahme ablehnen,[8]) wenn es eben glaubt auch ohne ſie ſich ſein Urteil bilden zu können, wenn es die ihm ſchon gegebenen Anhaltspunkte für ausreichend hält. Nach ſeinem Ermeſſen kann es anderſeits auch von Amts wegen die Begutachtung durch Sachverſtändige anordnen (vgl. auch ZPO. § 144 und oben § 40).

Es kann dem Beweisführer ſelbſt die eidliche Schätzung überlaſſen (worüber das Nähere beim „richterlichen Eid" unten § 45a).

Selbſtverſtändlich kann auch von den Parteien keine eingehendere Subſtanziierung gefordert werden, als für die richterliche Entſcheidung notwendig iſt.[9]) Nicht aber hat das Gericht von Amts wegen den Sachverhalt zu erforſchen; es hat die Klage abzuweiſen, wenn ihm (vgl. ZPO. § 139) vom Kläger die Unterlagen nicht dargeboten werden, die es für unerläßlich hält.[10])

4. Die beſonderen Beſtimmungen des § 287 gelten nur für die Fragen 1. des Vorhandenſeins, 2. der Höhe des Schadens, 3. des Kauſalzuſammenhangs zwiſchen dem Schaden und dem ſchädigenden Ereignis; für den Beweis des ſchädigenden Ereigniſſes ſelbſt gelten die allgemeinen Beweisgrundſätze (§ 286).

Der Schadenerſatzanſpruch kann ſich übrigens auf ein Rechtsgeſchäft gründen (insbeſondere Nichterfüllung eines Vertrages) oder eine unerlaubte Handlung oder ſonſt irgendwelchen zum Schadenserſatz verpflichtenden Umſtand.

Als gleichbedeutend mit „Schaden" bedient ſich der § 287 des Ausdrucks „ein zu erſetzendes Intereſſe".

---

[7]) Auch nicht in dem oben unter IV 1 bezeichneten empiriſchen Sinne. Etwas anderes aber iſt die bloße „Glaubhaftmachung" (oben § 39 V) von Tatſachen, die an ſich beweisbar ſind.

[8]) ERG. Bd. 40 Nr. 125.

[9]) Vgl. z. B. ERG. Bd. 9 Nr. 120, Bd. 10 Nr. 20, Nr. 130, Bd. 21 Nr. 19, Bd. 25 Nr. 18.

[10]) Vgl. ERG. Bd. 7 Nr. 113.

Besonders bei diesem Punkte zeigte sich die Unzulänglichkeit der gemeinrechtlichen Beweistheorie; sie machte in vielen Fällen die Durchsetzung wohlbegründeter Schadenersatzansprüche unmöglich.

VI. Durch Parteivereinbarung kann die freie Beweiswürdigung nicht beschränkt, insbesondere nicht ein gesetzlich zulässiges Beweismittel ausgeschlossen werden.[11]) Wohl aber ist es statthaft, vertragsmäßig einen Anspruch (z. B. auf eine Versicherungssumme) von einer bestimmten Art der Feststellung eines Schadens (z. B. Brandschadens) abhängig zu machen.[12]) Ist vertragsmäßig die Feststellung eines Umstandes (z. B. der Höhe eines Brandschadens) einem oder mehreren Schiedsgutachtern übertragen, so ist insoweit (zunächst wenigstens, vgl. BGB. § 319) gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen und der Anspruch von dem Schiedsgutachten abhängig; vgl. BGB. §§ 317—319.[13])

§ 44a.

Fortsetzung. Die Beweiswürdigung im einzelnen.

Die Beweiswürdigung ist eine kritische Tätigkeit. Sie setzt bei der einzelnen Beweisaufnahme ein, um dann das Ergebnis mit dem der übrigen Beweisaufnahmen und dem gesamten Inhalt der Verhandlung zu vergleichen. Wie aber die Urteilstätigkeit überhaupt (vgl. oben § 40), so hat speziell die Beweiswürdigung nicht erst mit der Urteilsfällung zu beginnen, sie hat schon die Beweisaufnahme zu begleiten und zu bestimmen.

Aber eine Beweiswürdigung gibt es nur gegenüber einem aufgenommenen Beweis, und nicht darf kraft des Prinzipes der freien Beweiswürdigung eine Beweisaufnahme um deswillen abgelehnt werden, weil sie voraussichtlich doch erfolglos sein würde.[1])

Vor allem ist darauf zu achten, daß die Beweisaufnahme auch wirklich der Beweisanordnung entspreche.

Beim Augenschein ist also die Identität des Augenscheinsobjektes zu prüfen, zu prüfen, ob es dasjenige sei (z. B. die gekaufte Sache, die Warenprobe), an dem der Augenschein eingenommen werden soll. Gerade diese Frage kann zweifelhaft sein und selbst Gegenstand des Beweises und der Entscheidung werden.

Beim Zeugenbeweis ist die Vernehmung zuerst auf die persönlichen Verhältnisse des Zeugen zu richten. ZPO. § 395. (Entsprechend beim Beweis durch Sachverständige, § 402.) Namentlich bei der Vernehmung durch einen ersuchten Richter sind Personenverwechselungen nicht ausgeschlossen.

Sodann ist zu prüfen, ob und inwieweit das Ergebnis der Beweisaufnahme die zu beweisende Behauptung bestätige und inwieweit es überzeugend sei.

---

[11]) Darüber Bülow, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 64 S. 63 ff. Wach, daselbst S. 225 f. Kohler, Gesamm. Beitr. S. 154 ff. (auch in Gruchot Bd. 31).

[12]) So auch, mit Recht, ERG. Bd. 20 Nr. 92.

[13]) Weismann, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 72 S. 269 ff., Bd. 74 S. 422 ff. — Die Gegenbemerkungen Kohlers (Ges. Beitr. S. 259 ff.) haben mich nicht überzeugt.

[1]) So auch z. B. ERG. Bd. 4 Nr. 104, Bd. 15 Nr. 85. Vgl. dazu oben § 41 II.

I. Der Beweiswert des Augenscheins[2]) hängt von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Wahrnehmung ab. Ein negativer Befund ist ausdrücklich festzustellen.

Wo nötig, ist selbstverständlich die Augenscheinseinnahme zu wiederholen.

Daraus, daß durch die Augenscheinseinnahme dem Richter die Tatsache gewiß wird, ist nicht zu folgern, daß der Augenschein überhaupt kein Beweismittel sei.[3]) Übrigens muß der Augenschein ja nicht notwendig von dem erkennenden Gericht eingenommen werden; ist er von einem beauftragten oder ersuchten Richter eingenommen, so urteilt das erkennende Gericht auf Grund des Augenscheinsprotokolls, also eines Berichtes über das Ergebnis des Augenscheins.

II. Beim Zeugenbeweis[4]) kommt es 1. auf die Beschaffenheit der Aussage und 2. auf ihre Wahrheit an.

1. Es kommt darauf an, ob die Aussage hinreichend bestimmt, ob sie nicht ungenau, zweifelnd, widerspruchsvoll sei.

2. Des weiteren ist zu prüfen, ob der Zeuge im stande und ob er willens sei, die Wahrheit zu berichten.

a) Ob er dazu im stande sei. Die Wahrheit eines Berichtes ist bedingt durch die Richtigkeit der Wahrnehmung, die Zuverlässigkeit der Erinnerung, die Genauigkeit der Wiedergabe. In allen diesen Beziehungen kommt es nicht nur auf die persönlichen Fähigkeiten des Zeugen im allgemeinen, sondern auch auf die besonderen Umstände des Falles an.

Für die Richtigkeit der Wahrnehmung kommt es beispielsweise an auf Zeit und Ort, auf den Gemütszustand des Zeugen, das Interesse, das er an dem Vorgange nahm u. s. w.

b) Und auch bei der Beurteilung der Wahrhaftigkeit des Zeugen ist nicht bloß seine Persönlichkeit, sondern es sind auch seine besonderen Beziehungen zur Sache in Betracht zu ziehen.

Insbesondere ist zu berücksichtigen ein persönliches Verhältnis zu den Parteien (Verwandtschaft, Freundschaft, Feindschaft), es ist darauf zu achten, ob und inwieweit durch die wahre oder falsche Aussage, unmittelbar oder mittelbar, ein eigenes Interesse des Zeugen berührt wird, insbesondere ob und inwieweit er selbst am Ausgange des Prozesses beteiligt ist.

1. Mit einigen der Umstände, die geeignet sind, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu beeinträchtigen, hat das Gesetz die Folge verknüpft, daß der Zeuge unbeeidigt zu vernehmen sei, vgl. unten Nr. 6.

2. Bei der Vernehmung sind dem Zeugen erforderlichenfalls Fragen über solche Umstände, die seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen. ZPO. § 395. Es sind wo nötig Fragen an ihn zu stellen, die zur Erforschung des Grundes dienen, worauf seine Wissenschaft beruht. ZPO. § 396[2].

---

[2]) Komment. zu ZPO. § 371 und Vorbemerk. Planck § 121. Schmidt §§ 53, 88.

[3]) So Heusler, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 62 S. 237 ff. und dazu Wach, Vorträge S. 199 ff. Wendt, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 262 ff.

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 373 ff. und Vorbemerk. Planck §§ 110 ff. Schmidt § 86. Neubauer, Z. Bd. 19 S. 136 ff. (Zusammenfassung der reichsgerichtlichen Entscheidungen über die Zeugenbeweisaufnahme bis September 1893).

3. Damit ein Zeuge nicht durch die Aussage des anderen beeinflußt werde, soll jeder einzeln und in Abwesenheit der noch nicht verhörten Zeugen vernommen werden. Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenübergestellt werden. ZPO. § 394.

4. Für die Würdigung einer Zeugenaussage kommt es nicht am wenigsten auf die Art und Weise an, in der sie erstattet wird, auf den persönlichen Eindruck, den bei der Aussage der Zeuge macht; durch einen Bericht ist der unmittelbare Eindruck der Aussage nicht zu ersetzen — darin liegt einer der Gründe für die Forderung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme speziell beim Zeugenbeweise.

3. Unmittelbar kann eine Tatsache durch die Aussage eines Zeugen nur dann bewiesen werden, wenn der Zeuge sie selber wahrgenommen hat. Ist aber die Aussage, die eine Person außerhalb des Prozesses von einer Wahrnehmung gemacht hat (als Indiz) von Erheblichkeit, so kann nun auch gerade diese Aussage zum Gegenstande eines Zeugenbeweises gemacht werden.

Selbstverständlich wird man sich mit einem solchen Zeugnis nur dann begnügen, wenn das Zeugnis dessen, der die Wahrnehmung selber gemacht hat, nicht zu erlangen ist; z. B. er ist gestorben, geisteskrank geworden, sein Aufenthalt ist unbekannt. — Das gemeine Recht hatte „testes de auditu" schlechthin ausgeschlossen.[5])

4. Tatsachen soll der Zeuge berichten, nicht beurteilen.

Allerdings ist auch der Bericht über die einfachste Wahrnehmung nicht ohne Urteil möglich: die Sinneseindrücke müssen gedeutet, unter Begriffe gebracht, die Begriffe durch Worte ausgedrückt werden. Ob das richtig geschehen, davon hängt gerade die Zuverlässigkeit der Zeugenaussage ab.

Konnte der Zeuge seine Wahrnehmungen (vergangene Tatsachen oder Zustände) nur kraft besonderer Sachkunde machen, so ist er „sachverständiger Zeuge", aber nicht Sachverständiger, es gelten für ihn nur die Regeln des Zeugen-, nicht des Sachverständigenbeweises. ZPO. § 414. — Er kann freilich zugleich auch, in anderer Hinsicht, als Sachverständiger fungieren. Z. B. der Arzt sagt als Zeuge aus über den Verlauf einer Krankheit und urteilt als Sachverständiger über ihren Zusammenhang mit einer Körperverletzung. Über den Unterschied des Zeugen und Sachverständigen s. unten III 1.

5. „Zeugnisunfähige" Personen (so wie das gemeine Recht, vgl. oben § 44 III) kennt die Zivilprozeßordnung nicht. Aber in dem Begriff des Zeugen liegt es, daß er nicht zugleich Partei sein kann. Die Aussage einer Partei kann nur als Parteieid Beweiswert erlangen. Und wer einen Parteieid leisten kann, der kann eben darum nicht Zeuge sein. Es kann folglich auch nicht Zeuge sein der gesetzliche Vertreter (wohl aber der Bevollmächtigte) einer Partei.

Vgl. dazu ZPO. § 473. S. oben §§ 22, 24 III.

6. Als eine Garantie ihrer Wahrhaftigkeit fordert der Regel nach das Gesetz die Beeidigung der Zeugenaussage; sie steht nicht im richterlichen Ermessen,[6]) sie darf nur unterbleiben in den gesetzlich bestimmten

[5]) Wetzell § 23 N. 4.
[6]) ERG. Bd. 8 Nr. 121, Bd. 10 Nr. 137.

Fällen und allemal dann, wenn die Parteien darauf verzichten. ZPO. § 391[2].

a) Die Beeidigung (§§ 391, 392) hat in der Regel vor der Vernehmung zu erfolgen; der Eid hat dann die Form des Versprechens: „daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde" (Voreid, promissorischer Eid). Aus besonderen Gründen kann jedoch die Beeidigung bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden, namentlich dann, wenn Bedenken gegen seine Zulässigkeit obwalten; der Eid hat dann die Form der Versicherung: „daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe" (Nacheid, assertorischer Eid). Der Voreid schärft von vornherein das Gewissen des Zeugen; als besonderen Vorteil des Nacheides betrachtet man es, daß der Zeuge sich leichter zu einer Berichtigung der Aussage verstehe, wenn er noch nicht geschworen habe.

Jeder Zeuge ist einzeln zu beeidigen. ZPO. § 391.

Bei wiederholter oder nachträglicher Vernehmung kann sich der Richter an der Berufung auf den früher geleisteten Eid genügen lassen. ZPO. § 398[2].

b) Aus gewissen Gründen (ZPO. § 393 Nr. 1 und 2) ist die Beeidigung *unbedingt ausgeschlossen*; diese Gründe sind:

1. Jugendliches Alter; die „Eidesmündigkeit" beginnt mit vollendetem 16. Lebensjahre;

2. ungenügende Einsicht in Wesen und Bedeutung des Eides, wegen Unreife oder Schwäche des Verstandes;

3. Verlust der Fähigkeit, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, wie er nach StGB. § 161 (oder nach früheren oder ausländischen Strafgesetzen) infolge rechtskräftiger Verurteilung wegen Meineides eintritt.

c) In gewissen anderen Fällen (ZPO. § 393 Nr. 3 und 4) muß zwar auch die Beeidigung *zunächst* unterbleiben, das Prozeßgericht *kann* sie aber *nachträglich* noch anordnen (ZPO. § 393[2]); es sind folgende:

1. Der Zeuge könnte nach § 383 Nr. 1—3 oder § 384 Nr. 1, 2 das Zeugnis verweigern, macht aber von diesem Rechte keinen Gebrauch; die nach § 384 Nr. 1, 2 zur Zeugnisverweigerung berechtigten Personen müssen aber beeidigt werden, wenn sie nicht *lediglich* über solche Tatsachen zu vernehmen sind, auf die sich ihr Recht zur Zeugnisverweigerung bezieht.

2. Der Zeuge ist *unmittelbar* beim Ausgange des Rechtsstreits beteiligt; das ist der Fall, wenn der Inhalt der Entscheidung für ein Rechtsverhältnis des Zeugen von unmittelbarer Bedeutung ist;[7] z. B. der Zeuge ist Bürge des beklagten Schuldners oder er ist einer der Parteien bei ihr ungünstigem Ausgange des Prozesses regreßpflichtig; er ist Mitberechtigter oder Mitverpflichteter einer Partei. Ein wirtschaftliches Interesse, wie es der Gläubiger einer Partei oder ein Gewinnanteilsberechtigter haben kann, genügt nicht.

d) Hinsichtlich der Bewertung des unbeeidigten Zeugnisses aber ist das richterliche Ermessen unbeschränkt.

III. Das *Gutachten*[8] des Sachverständigen unterliegt ebenso wie das Zeugnis der freien Beweiswürdigung; es ist für das Gericht nicht

---

[7] ERG. Bd. 8 Nr. 121.

[8] *Komment.* zu ZPO. §§ 402 ff. und Vorbemerk. *Planck* § 122. *Schmidt* § 53 III, § 89. *Wach*, Vorträge S. 78 f. *Obermeyer*, Die Lehre von den Sachverständigen im ZP. (1880; hier die ältere Literatur). *Heusler* a. a. O. S. 243 ff. *Wendt* a. a. O. S. 269 ff. *Stein* a. a. O. S. 54 ff.

bindend. Hält das Gericht das Gutachten nicht für genügend, so kann es eine neue Begutachtung anordnen, durch dieselben oder durch andere Sachverständige. ZPO. § 412[1].

1. Es kommt ähnlich wie beim Zeugenbeweis auf die Beschaffenheit des Gutachtens an, auf die Fähigkeit und den Willen des Sachverständigen zur Erstattung eines richtigen Gutachtens.

Der wesentliche Unterschied vom Zeugenbeweis aber besteht darin, daß der Sachverständige vom Gerichte dazu bestellt wird, Tatsachen wahrzunehmen oder zu beurteilen, und soweit die Wahrnehmung oder Beurteilung noch möglich ist (was allerdings nicht immer zutrifft, z. B. nicht, wenn der begutachtete Gegenstand untergegangen oder wesentlich verändert ist), kann ein Sachverständiger durch einen anderen ersetzt werden. Der Zeuge aber hat seine Wahrnehmung nicht zufolge einer prozessualen Anordnung (in diesem Sinne „zufällig") gemacht und ist nicht beliebig ersetzbar.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen „wahrnehmenden" und „urteilenden" Sachverständigen besteht nicht, da die Wahrnehmung und der Bericht darüber,[9]) gerade wenn es dazu besonderer Sachkunde bedarf, notwendig eine Beurteilung in sich schließt.

2. Zur Kritik des Gutachtens gehört auch die Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Grundlage (namentlich dann, wenn sie dem sonstigen Prozeßinhalt entnommen ist).

3. Begründung des Gutachtens ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, kann aber vom Gericht gefordert werden, soweit sie ihm für seine Prüfung nötig scheint.

4. Eine Garantie für die Gewissenhaftigkeit des Gutachtens gewährt das Gesetz den Parteien in der Beeidigung.

Sie muß vor Erstattung des Gutachtens erfolgen und darf nur unterbleiben, wenn beide Parteien darauf verzichten. ZPO. § 410.

Der Eid des Sachverständigen geht dahin, „daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde".

Die Beeidigung wird, wenn der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt ist, durch die Berufung auf diesen allgemeinen Eid ersetzt. Für den Fall wiederholter Vernehmung (§ 412[1]) vgl. § 398[3] (§ 402).

5. Auf die Persönlichkeit des Sachverständigen hat das Gericht schon bei seiner Auswahl zu achten, es darf keinen Sachverständigen ernennen, gegen dessen Zuverlässigkeit es Bedenken hat, und die Parteien können den zum Sachverständigen Ernannten schon vor seiner Vernehmung, wie auch noch nachher ablehnen, aus denselben Gründen, aus denen auch ein Richter abgelehnt werden kann (ZPO. §§ 42, 43); nur daß dem Sachverständigen gegenüber ein Ablehnungsgrund nicht daraus entnommen werden kann, daß er auch als Zeuge vernommen ist. ZPO. § 406[1].

Die Ablehnung hat bei dem Gericht oder Richter zu geschehen, von dem der Sachverständige ernannt ist, und zwar vor seiner Vernehmung oder — bei schriftlicher

---

[9]) Z. B. ob der Ware ein fremder Stoff beigemischt (die Ware dadurch verfälscht) sei.

Begutachtung — vor Einreichung des Gutachtens; nachher ist sie nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte.

Über das Verfahren s. im übrigen § 406 und dazu unten § 82.

Ist *nach* Erstattung des Gutachtens ein Sachverständiger abgelehnt, so kann immer noch das Gericht die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen. ZPO. § 412[2].

6. *Prozessuale Natur* des Sachverständigen. Unterliegt das Gutachten der freien Beweiswürdigung des Gerichtes, so ist der Sachverständige Beweismittel, nicht (wie die Motive zur ZPO. annehmen) Gehilfe des Richters (womit es auch nicht stimmt, daß der als Sachverständiger vernommene Richter kraft Gesetzes vom Richteramte ausgeschlossen ist). Das ist besonders deutlich für denjenigen Sachverständigen, dessen Auskunft — ebenso wie die eines Zeugen — nur in dem Bericht über eine Wahrnehmung besteht.[10]) Die Gehilfentheorie[11]) ist ursprünglich auch nur ersonnen, um für den gemeinrechtlichen Prozeß den Satz zu rechtfertigen, daß der Richter eine Begutachtung durch Sachverständige auch von Amts wegen anordnen könne. Allerdings sind die Funktionen des Sachverständigen von solcher Art, wie sie auch der Richter übt: Augenschein, Beurteilung; aber daraus folgt nichts für die Natur des Gutachtens, sofern eben der Richter nicht der eigenen Wahrnehmung oder Beurteilung traut, sondern sich auf die des Sachverständigen verläßt.

IV. Der *Urkundenbeweis*[12]) geht *zunächst* immer auf den Beweis einer Erklärung — die Urkunde soll *zunächst* immer die Erklärung beweisen, die *in* ihr verkörpert ist (sogen. *formelle* Beweiskraft der Urkunde). Sie *kann* überhaupt nur etwas erweisen, wenn feststeht, daß sie in Wirklichkeit von dem angeblichen Aussteller herrührt (oder einer Person, die ermächtigt war, mit Wirksamkeit für diesen, die in der Urkunde enthaltene Erklärung abzugeben, wie z. B. sein Bevollmächtigter). Man nennt eine Urkunde *echt*, wenn ihr angeblicher Aussteller es auch in Wirklichkeit ist. Wenn die Urkunde von ihrem angeblichen Aussteller in Wirklichkeit nicht herrührt (und auch nicht als von ihm herrührend anzusehen ist), so nennt man die Urkunde unecht oder *gefälscht*. *Verfälscht* nennt man die Urkunde, sofern ihr ursprünglicher Inhalt zum Zwecke der Täuschung verändert ist.

Daß die Urkunde („vox mortua") zunächst eine Erklärung beweist, die sie durch Schriftzeichen verkörpert (vgl. die Definition oben § 37), unterscheidet den Urkundenbeweis als besondere Beweisart vom Augenscheinsbeweis.[13]) Viel weiter gefaßte Begriffsbestimmungen finden sich namentlich in der älteren Literatur.[14]) Daß die ZPO. bei ihren Beweisregeln nur an Schrifturkunden denkt, steht außer Zweifel. Doch darf man den Begriff der Schrift nicht allzu enge fassen, ihn nicht auf die *allgemein* üblichen Schriftzeichen beschränken.

---

[10]) Z. B. Zustand eines Daches, eines Abzugskanales.

[11]) Wetzell § 44. Sie ist auch jetzt noch die in der Literatur *herrschende*.

[12]) *Komment.* zu ZPO. §§ 415 ff. und Vorbemerk. dazu. *Planck* §§ 113 ff. *Schmidt* § 53 II 2, § 87. *Heusler* a. a. O. S. 224 ff. A. S. *Schultze* in *Grünhut* Bd. 22 S. 70 ff., Z. Bd. 22 S. 106 ff. und die dort zitierte Literatur. *Bolgiano*, Z. Bd. 24 S. 129 ff. — Untersuchung über den Begriff der Urkunde auch bei *Weismann*, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtswissensch. Bd. 11 S. 1 ff.

[13]) Die Wesensgleichheit beider vertritt *Wach*, Vorträge S. 200.

[14]) Wetzell § 24.

Im übrigen hängt die Beweiskraft der Urkunde (sogen. materielle Beweiskraft) von der Person ihres Ausstellers und von ihrem Inhalte ab.

1. Vor allem bestimmt sich ihre Beweiskraft verschieden, je nachdem sie eine öffentliche Urkunde oder eine Privaturkunde ist.

Eine öffentliche Urkunde ist eine solche, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form errichtet ist: ZPO. § 415. Unter einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person ist eine solche zu verstehen, der die Befugnis beigelegt ist, Tatsachen mit öffentlichem Glauben, d. h. mit Beweiskraft gegenüber jedermann, zu beurkunden. Jede Urkunde, die nach der gegebenen Begriffsbestimmung keine öffentliche Urkunde ist, ist eine Privaturkunde.

Die näheren Bestimmungen (über Zuständigkeit öffentlicher Behörden und Urkundspersonen zur Errichtung öffentlicher Urkunden, über die Form) ergeben sich aus mannigfachen Reichs- und Landesgesetzen. Urkundspersonen sind z. B. die Notare, Gerichtsvollzieher, Briefträger und Postboten (R.-Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 47). — Insbesondere über gerichtliche und notarielle Urkunden s. RGes. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 §§ 167 ff.

Maßgebend ist das Recht der Behörde, der Urkundsperson, von der die Urkunde ausgestellt ist. — Zwischen ausländischen und inländischen Urkunden macht das Gesetz hinsichtlich ihrer Beweiskraft keinen Unterschied.

A. Die öffentliche Urkunde liefert vollen Beweis der beurkundeten Tatsache.

1) Dieser Beweis ist ein unumstößlicher, sofern die Urkunde einen Rechtsakt enthält (eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung) und gerade dieser Rechtsakt die zu beweisende Tatsache ist. ZPO. § 417.

2) Ist in der Urkunde eine vor der Behörde oder Urkundsperson abgegebene Erklärung bezeugt, so ist Gegenbeweis zulässig, dahin, daß der Vorgang unrichtig beurkundet (daß die Erklärung überhaupt nicht, nicht von dieser Person, nicht in dieser Weise, nicht an diesem Orte, zu dieser Zeit, abgegeben) sei. ZPO. § 415[2].

3) Ist eine andere Tatsache bezeugt (z. B. eine Zustellung oder Vollstreckung oder ein Wechselprotest), so ist gleichfalls Gegenbeweis zulässig, aber nur sofern er nicht durch Gesetz (durch Reichsgesetz, oder auf einem der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebiete durch Landesgesetz) besonders ausgeschlossen oder beschränkt ist; ZPO. § 418.

Unter diese Bestimmung fällt auch Zeit und Ort der einen Rechtsakt der Behörde selbst (oben unter 1) enthaltenden Urkunden.

In der Regel aber ist das in der öffentlichen Urkunde enthaltene Zeugnis nur dann beweiskräftig, wenn es auf eigener Wahrnehmung der bezeugten Tatsache beruht. Hat die Behörde oder Urkundsperson die Tatsache nicht selbst wahrgenommen, so ist die Urkunde nur dann beweiskräftig, wenn durch ein besonderes Gesetz, durch Reichsgesetz oder (soweit

statthaft) durch Landesgesetz bestimmt ist, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig sei. ZPO. § 418.

Insbesondere RGes. über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 (§ 15) hinsichtlich der Beurkundung von Geburten oder Sterbefällen.

B. Über die Beweiskraft von Privaturkunden enthält das Gesetz nur eine Bestimmung (§ 416), welche sich speziell auf Urkunden bezieht, die von den Ausstellern unterschrieben oder — was dem gleich gilt — mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind. Solche Privaturkunden begründen vollen Beweis dafür, „daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben", daß sie seine Erklärungen sind — in demselben Sinne, wie das nach § 415 (oben A 2) durch eine öffentliche Urkunde geschieht; wenn aber nach § 415 der Beweis unrichtiger Beurkundung zulässig ist, so ist gegenüber der unterzeichneten Privaturkunde, in welcher die Erklärung selbst sich verkörpert, ein solcher Beweis der Natur der Sache nach unmöglich.

Die Regel des § 416 gilt auch für Urkunden, deren Unterschrift im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellt ist.[15]) Vgl. auch z. B. BGB. § 793, HGB. § 426, 9. — Ob zur Unterschrift der bloße Vorname genügt, ist Tatfrage; er genügt z. B. bei einem Familienbrief, er kann sich aber auch als absichtlich unvollendete Unterschrift darstellen.

1) Es kann sein, daß die in einer Privaturkunde enthaltene Erklärung gerade die zu beweisende Tatsache ist:[16]) eine Willenserklärung oder eine unerlaubte Handlung (z. B. eine betrügerische Vorspiegelung) oder sonst eine rechtserhebliche Erklärung (z. B. eine Mängelanzeige) oder auch eine als Indiz erhebliche Äußerung (z. B. eine Äußerung, aus der auf die Kenntnis von einer Zahlungseinstellung zu schließen ist);[17]) in diesem Falle ist der zu führende Beweis durch die Urkunde voll erbracht und ein Gegenbeweis ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere von den eine Willenserklärung enthaltenden Urkunden, den sogen. Dispositivurkunden.

Statthaft ist natürlich der Einwand und Beweis, daß es an dem für die Wirksamkeit der Erklärung erforderlichen Willen fehle:[18]) daß der Aussteller sich in einem Irrtum über den Inhalt der Erklärung befunden habe, daß insbesondere die Unterschrift erschlichen sei; und ist die Rechtswirkung erst mit der nach außen hervorgetretenen, der „abgegebenen" Erklärung verknüpft, so bleibt der Einwand offen und der Beweis, daß die Urkunde ohne Willen des Ausstellers aus seinem Besitze gekommen, die Willenserklärung in diesem Sinne nicht „abgegeben" sei. — Ort, Zeit,[19]) Gelegenheit einer Erklärung und insbesondere einer Willenserklärung sind etwas anderes als die Erklärung selber und sind also nicht schon damit erwiesen, daß die Erklärung erwiesen ist. — Eine durch Blankettmißbrauch hergestellte Urkunde ist eine falsche Urkunde;[20]) vgl. auch StGB. § 269.

---

[15]) Streitig; vgl. die Komment.
[16]) Vgl. die in meiner zitierten Abhandlung S. 8 ff. angeführten Beispiele.
[17]) S. z. B. KO. § 30.
[18]) ERG. Bd. 5 Nr. 106.
[19]) ERG. Bd. 16 Nr. 107.
[20]) ERG. Bd. 23 Nr. 18.

2) Ist aber die zu erweisende Tatsache nicht die in der Urkunde enthaltene Erklärung selbst, ist diese Erklärung vielmehr nur eine Aussage über die zu beweisende Tatsache, so hängt die Beweiskraft der Urkunde von der Zuverlässigkeit der Aussage ab. Die Aussage kann die Aussage einer Partei oder eines dritten sein.

Die Zuverlässigkeit der Aussage eines dritten beurteilt sich nach analogen Gesichtspunkten wie die innere Glaubwürdigkeit eines gerichtlichen Zeugnisses, oder die Vertrauenswürdigkeit eines gerichtlichen Gutachtens.[21])

Natürlich kommt es dabei auf die Umstände an, welche bei der Ausstellung der Urkunde obwalteten; es fehlen jedenfalls die Garantien, welche in der Zeugen- und Sachverständigenpflicht und der Beeidigung gelegen sind. Und so wird überhaupt dem privaten schriftlichen Zeugnis oder Gutachten nur dann Beachtung zu schenken sein, wenn aus irgendwelchem Grunde — z. B. weil der Aussteller gestorben oder weil ihm die Erinnerung entschwunden — sein gerichtliches Zeugnis oder Gutachten nicht zu erlangen ist (vgl. oben II).

Die Urkunde kann ferner das außergerichtliche Geständnis einer Partei enthalten, davon wurde schon oben (§ 36) gesprochen. Aber auch der in einem Schriftstück enthaltenen Aussage einer Partei, die ihr selbst günstig ist, kann Beweiskraft zukommen, sofern sie eben den Umständen nach Glauben verdient.[22]) Dies gilt namentlich auch von den ordnungsmäßig geführten Handelsbüchern des Kaufmanns. Vgl. auch oben § 40 II.

2. Feststellung der Echtheit. a. Urkunden, welche die Merkmale einer öffentlichen Urkunde, nach Form und Inhalt, an sich tragen, werden als echt vermutet; die bloße Bestreitung ihrer Echtheit ist also unbeachtlich, der Gegner muß vielmehr ihre Unechtheit beweisen; auf der anderen Seite freilich kann das Gericht, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch ohne die Bestreitung des Gegners abzuwarten, von Amts wegen die Erklärung der betreffenden Behörde oder Urkundsperson über die Echtheit einholen. ZPO. § 437. Doch gilt dies nur für inländische Urkunden.

Bei ausländischen öffentlichen Urkunden hat das Gericht nach den Umständen zu ermessen, ob der Beweis der Echtheit zu fordern oder ohne solchen die Urkunde als echt anzunehmen sei; jedenfalls ist für den Echtheitsbeweis ausreichend die sogen. Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs, d. h. die Bescheinigung, daß die Urkunde eine dem ausländischen Recht entsprechende öffentliche Urkunde sei. ZPO. § 438.

b. Dagegen muß die Echtheit einer Privaturkunde, wenn sie bestritten ist, von dem bewiesen werden, welcher sich auf die Urkunde beruft. Über die Echtheit hat sich der Gegner ebenso wie über irgend eine andere Tatsache zu erklären. ZPO. § 439[1 3].

---

[21]) Vgl. die Beispiele in meiner Abhandlung S. 12.
[22]) Vgl. meine Abhandlung S. 12 f.

Ist die Urkunde unterschrieben und steht die Echtheit der Unterschrift fest, so wird auch das Unterschriebene als echt vermutet. Das gleiche gilt von einer Urkunde, die mit einem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen unterzeichnet ist. ZPO. § 440. Darum ist denn auch die Erklärung über die Echtheit einer unterschriebenen Urkunde auf die Echtheit der Namensunterschrift zu richten. § 439[2].

Der Beweis der Echtheit wie der Unechtheit kann durch alle überhaupt möglichen Mittel geführt werden; insbesondere auch durch Schriftenvergleichung.

Dieselbe ist ein Indizienbeweis, der auf einer Vergleichung der Schriftzüge der fraglichen Urkunde mit einem zweifellos echten Schriftstücke — geeignetenfalls unter Mitwirkung von Schreibverständigen — beruht. Für die Beschaffung der zur Vergleichung dienenden Schriftstücke und die Feststellung ihrer Echtheit gelten analoge Bestimmungen wie hinsichtlich der Beweisurkunde selber. Vgl. ZPO. §§ 441, 442. Es ist, wenn der Gegner seiner Editionspflicht nicht nachkommt, die Folge hier die, daß der Echtheitsbeweis als geführt gilt. § 441[3].

Eine vom Gegner behauptete Verfälschung ist von diesem auch zu beweisen. Ist die Urkunde schon durch äußere Mängel verdächtig, namentlich infolge von Durchstreichungen, Radierungen, Einschaltungen, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, inwiefern dadurch ihre Beweiskraft als ganz oder teilweise aufgehoben oder gemindert anzusehen sei. ZPO. § 419.

Bezüglich verdächtiger Urkunden trifft eine Bestimmung polizeilicher Art der § 443 ZPO.: Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

c. Weil die Beweiskraft einer Urkunde durch die Feststellung ihrer Echtheit bedingt ist, so ist für den Urkundenbeweis prinzipiell die Vorlegung der Urschrift erforderlich; nur bei öffentlichen Urkunden genügt eine Abschrift, deren Richtigkeit in Gestalt einer öffentlichen Urkunde beglaubigt ist; aber auch da kann das Gericht die Vorlegung der Urschrift fordern, und wenn diese dann nicht erfolgt und der Beweisführer auch nicht Tatsachen glaubhaft macht, welche ihn daran verhindern, so hat das Gericht nach seiner freien Überzeugung zu ermessen, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei. ZPO. § 435. Von der beglaubigten Abschrift ist übrigens zu unterscheiden die Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde, d. h. eine Abschrift, die einem Beteiligten in der vorgeschriebenen Form von zuständiger Stelle gerade zu dem Zwecke erteilt ist, im Rechtsverkehr die Stelle der Urschrift zu vertreten.

Das richterliche Ermessen entscheidet selbstverständlich darüber, ob und welche Beweiskraft einem Zeugnis über Beschaffenheit und Inhalt einer Urkunde zukomme und inwieweit die Abschrift einer Urkunde als ein glaubwürdiges Zeugnis solchen Inhaltes angesehen werden könne.

d. Auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit (und so auch der Verfälschtheit oder Unverfälschtheit) einer Urkunde kann selbständig Klage erhoben werden, wenn der Kläger an der alsbaldigen Feststellung ein rechtliches Interesse hat. ZPO. § 256.[28]) Ausnahmsweise bildet hier den Gegenstand der Feststellung eine Tatsache und zwar eine prozessualisch relevante.

Als selbständiger Prozeßgegenstand erscheint hier, was sonst nur den Gegenstand eines Zwischenstreites (einen einzelnen Streitpunkt prozessualischer Art im Lauf eines Rechtsstreites) bildet.

§ 256 redet allerdings nur von Echtheit oder Unechtheit; aber Verfälschtheit und Unverfälschtheit sind davon nicht wesentlich verschieden, und das Interesse an ihrer Feststellung kann das gleiche sein.

Das Interesse an der Feststellung muß in einem Rechtsverhältnis des Klägers begründet, die Urkunde für eine Rechtsbeziehung der Parteien beweiserheblich sein; im übrigen kommt auf den Inhalt der Urkunde nichts an; sie muß insbesondere nicht notwendig eine Dispositivurkunde sein.

V. Umstände, die geeignet sind, den Wert eines Beweismittels zu mindern, seine Beweiskraft zu schwächen oder aufzuheben, können vom Gegner des Beweisführers geltend gemacht werden und sind, soweit sie beweisbedürftig, von ihm zu beweisen. Die Geltendmachung eines solchen Umstandes nennt man Beweiseinrede.

Beweiseinrede ist z. B. die Behauptung, daß eine Urkunde verfälscht oder daß ein Zeuge am Ausgang des Rechtsstreites unmittelbar interessiert oder daß er bestochen sei.

Die Beweiseinrede ist also wohl zu unterscheiden vom Gegenbeweis, welcher der Beweis des Gegenteils der zu beweisenden Tatsache ist (s. oben § 38 VIII).

VI. Die Ergebnisse der einzelnen Beweisaufnahmen sind unter sich und mit dem gesamten Inhalte der Verhandlungen zu vergleichen, insbesondere sind Beweis und Gegenbeweis gegeneinander abzuwägen. Gerade bei der Würdigung des Gesamtergebnisses ist das Gericht völlig frei.

Es kann insbesondere z. B. der Aussage eines einzigen Zeugen, die durch andere Beweisergebnisse bestärkt wird, Glauben schenken entgegen der übereinstimmenden Aussage einer Mehrheit, an sich ebenso vertrauenswürdiger, Zeugen; es ist, bei sich widersprechenden Gutachten, keineswegs gehalten, der Mehrheit der Sachverständigen zu folgen. Und ganz besonders gilt für den Indizienbeweis, daß das Gericht das Gesamtergebnis der Beweisaufnahmen und den Gesamtinhalt der Verhandlungen zu berücksichtigen habe; dazu vgl. oben § 36.

Von Amts wegen hat das Gericht alle für die Beweiswürdigung erheblichen Umstände zu verwerten, die sich aus Verhandlung und Beweisaufnahme ergeben, gleichviel ob sie von einer Partei und von welcher

[28]) Vgl. auch unten § 53 und oben § 18.

Partei sie (ob von dem Beweispflichtigen oder dem Gegner) zu diesem Zwecke geltend gemacht worden sind.

Es ist aber Pflicht des Gerichtes, wenn es von sich aus eine Tatsache für die Beweiswürdigung verwerten will, durch Fragestellung die Parteien zur Verhandlung darüber zu veranlassen. ZPO. § 139.

Und ganz besonders gilt das wieder vom Indizienbeweis:[24]) die Partei ist vielleicht sehr wohl im stande, den gegen sie sprechenden Umstand, wenn sie nur darauf hingewiesen wird, zu entkräften.

VII. Die Beweiswürdigung ist Sache des Gerichts. Aber doch sind die Parteien in der Lage, ihre Auffassung der Beweisergebnisse dem Gerichte darzulegen. Sie haben „über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu verhandeln". ZPO. § 285. Die Verhandlung ist Fortsetzung der Verhandlung vor der Beweisaufnahme — jetzt auf Grundlage derselben; ihr Ergebnis bestimmt möglicherweise die Parteien zur Änderung von Erklärungen oder Anträgen, zur Aufstellung neuer Behauptungen oder zu neuen Beweisanträgen.

VIII. Ist eine Tatsache zweifelhaft geblieben, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei einen Eid auferlegen; das ist der sogen. richterliche Eid.

„Ius iurandum necessarium", „Noteid", im Gegensatz zum ius iurandum voluntarium, dem zugeschobenen Eid.[25])

Richterlicher Eid ist ein Eid, der einer Partei vom Gerichte auferlegt wird, um die Entscheidung herbeizuführen über eine Tatsache, bezüglich deren durch das seitherige Ergebnis des Prozesses das Gericht noch keine vollständig begründete Überzeugung erlangt hat. Leistet die Partei den Eid, so will das Gericht ihre, die beschworene, Behauptung, als festgestellt, leistet sie ihn nicht, so will es das Gegenteil derselben, die Behauptung des Gegners, als festgestellt ansehen. ZPO. § 475.

Ist eine Tatsache unbewiesen und das Gericht auch nicht zur Auferlegung eines richterlichen Eides veranlaßt, so kann nun noch eine etwaige Eideszuschiebung zur Geltung kommen. Eine solche ist unbeachtlich, wenn die Tatsache bereits erwiesen, und ebenso dann, wenn das Gegenteil der Tatsache bereits erwiesen ist.[26]) ZPO. § 446, vgl. § 453[2].

Von dem Parteieid, dem zugeschobenen wie dem richterlichen, handelt im übrigen der folgende Paragraph.

Die eidliche Vernehmung der Parteien, wie sie an Stelle des Parteieides nach dem Vorbild des englischen Rechts die österreichische Zivilprozeßordnung von 1895 (§§ 371 ff.) aufgenommen hat, ist mehrfach auch für das deutsche Recht empfohlen worden. — Eine weniger formalistische Gestaltung des Eidesrechtes wäre allerdings zu wünschen.

---

[24]) Abweichend H. Meyer, Z. Bd. 28 S. 254 ff.
[25]) Wetzell § 25 II, § 26.
[26]) S. unten § 45 IV 3.

§ 45.

Der Parteieid.[1]) A. Der zugeschobene Eid.

I. Eideszuschiebung ist die Erklärung einer Partei, die Feststellung einer Tatsache vom Eide des Gegners abhängig machen zu wollen (vgl. oben § 25).

Auf die Eideszuschiebung hat sich der Gegner zu erklären. Die Erklärung kann nur dahin gehen, daß er den Eid annehme oder daß er den Eid zurückschiebe. ZPO. § 452[1]. Die Zurückschiebung ist die Erklärung des Gegners, daß er seinerseits die Feststellung der Tatsache von dem Eide des Zuschiebenden abhängig machen wolle. Auf die Zurückschiebung bedarf es keiner ausdrücklichen Erklärung; der zurückgeschobene Eid gilt ohne weiteres als angenommen; wer den Eid zuschiebt, muß für den Fall, daß er ihm zurückgeschoben wird, selbst zum Schwure bereit sein. ZPO. § 456.

II. Der Parteieid ist eine durch Anrufung Gottes als Zeugen der Wahrheit bekräftigte Parteierklärung. ZPO. § 481, vgl. unten § 46.

Die zu beeidigende Erklärung wird vom Gerichte formuliert und heißt darum die „Eidesnorm". Beim zurückgeschobenen Eide entspricht sie der Behauptung des Beweisführers, der zu beweisenden Behauptung, beim zugeschobenen Eide dem Gegenteil derselben, ihrer Bestreitung.

Wenn die Bestreitung eine „substanziierte" ist (vgl. oben § 35 III 2), so tritt ihr die abweichende positive Sachdarstellung hinzu.[2])

III. Die Folge der Eidesleistung ist die, daß die beschworene Parteierklärung als vollbewiesen gilt.[3]) Diese Folge kann nicht ohne weiteres durch Gegenbeweis beseitigt werden; vielmehr ist der Beweis des Gegenteils nur unter denselben Voraussetzungen zulässig, unter denen ein rechtskräftiges Urteil wegen einer strafbaren (einer vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann (ZPO. § 580 Nr. 1, § 581). ZPO. § 463.

Der Eidesleistung bedarf es aber dann nicht, wenn sie der Gegner erlassen hat; die Erlassung wirkt der Eidesleistung gleich. ZPO. § 464[1].

Wird die Eidesleistung verweigert, so ist die Folge die, daß das Gegenteil der zu beschwörenden Parteierklärung als vollbewiesen gilt; also

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 445 ff. und Vorbemerk. Planck §§ 123—128. Schmidt § 85. Wach, Vorträge S. 217 ff. Kleinfeller, Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides in Deutschland (1891; s. auch Z. Bd. 16 S. 227 ff.). — Über Eidesformulierung speziell Rönnberg, Z. Bd. 28 S. 79 ff. Stölzel, Z. Bd. 29 S. 339 ff. (auch Schulung Bd. 1, vgl. das Register). Über den Begriff der Tatsache s. auch Stein, D. priv. Wiss. d. Richt. § 1 und § 5 bes. S. 60 (vgl. aber meine Bemerk. Z. Bd. 18 S. 285 f.).

[2]) Z. B. der Kauf sei nicht unbedingt, sondern unter der und der Bedingung abgeschlossen worden.

[3]) D. h. für diesen Prozeß; vgl. dazu ERG. Bd. 46 Nr. 122.

beim zugeschobenen Eide: die zu beweisende Parteibehauptung, beim zurückgeschobenen Eide: das Gegenteil der zu beweisenden Behauptung. ZPO. § 464[2].

IV. Die Eideszuschiebung ist 1. nur über Tatsachen zulässig, ZPO. § 445, nicht über Rechtsverhältnisse, insbesondere nicht über den geltend gemachten Anspruch. Wohl können Rechtsbegriffe[4]) und können Urteile (auch solche, zu denen eine besondere Sachkunde gehört, wenn nur ihr Verständnis bei dem Schwurpflichtigen vorausgesetzt werden kann)[5]) in die Eidesnorm aufgenommen werden. Nicht aber darf, wenn gerade die Anwendbarkeit eines Rechtsbegriffes oder eine sonstige, sachverständige, Beurteilung von Tatsachen zweifelhaft und streitig ist, die Entscheidung, die dem Gerichte obliegt, durch eine Eideszuschiebung der Partei anheimgegeben werden.[6])

Die Umschreibung einfacher Rechtsbegriffe wie Kauf oder Darlehn würde ja oft schwerer verständlich sein, als diese selbst. Nicht unstatthaft ist unter Umständen z. B. die Eideszuschiebung über Mängel einer Sache (wie etwa das Vorhandensein von Hausschwamm) oder die Überlastung eines Schiffes u. s. w. Unzulässig aber ist die Eideszuschiebung darüber, in welchem Sinne ein Testament oder Vertrag auszulegen, ob in einer Äußerung ein Schenkungsversprechen zu finden, ob ein Vertrag „zum Abschluß" gekommen sei, ob der Beklagte schuldhaft gehandelt, seinen Wohnsitz an einem bestimmten Orte habe u. dergl.

Die Tatsachen können äußere sein oder innere (ein Wissen, eine Absicht),[7]) unmittelbar oder mittelbar erhebliche.

Die Eideszuschiebung ist nur zulässig über bestimmt bezeichnete Tatsachen, § 451; sie kann nicht dazu dienen, die Partei der an sich erforderlichen Substanziierung zu entheben (vgl. oben § 35 III), auch wenn die Verneinung, die dem Gegner zugemutet wird, allerdings eine ausreichende Entscheidungsgrundlage abgeben würde.

Unstatthaft z. B. die allgemein gehaltene Eideszuschiebung darüber, daß die Beklagte durch geschlechtlichen Verkehr die Verlöbnistreue verletzt habe.

2. Die Eideszuschiebung ist aber nicht über jede beliebige Tatsache zulässig. Es ist, grundsätzlich, der Gegner nur gehalten über solche Tatsachen zu schwören, die er wissen kann; also über eigene Handlungen (insbesondere Willenserklärungen, auch über unerlaubte Handlungen) oder solche Tatsachen, die Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Doch wird, mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs, dieser Grundsatz nach zwei Richtungen hin durchbrochen. Die Eideszuschiebung ist auch statthaft über Handlungen a) eines Vertreters oder b) eines Rechtsvorgängers des Gegners und über solche Tatsachen, die Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Es soll nicht

[4]) S. z. B. ERG. Bd. 3 Nr. 111, Bd. 51 Nr. 95.
[5]) S. z. B. ERG. Bd. 7 Nr. 1.
[6]) S. z. B. ERG. Bd. 25 Nr. 36.
[7]) S. z. B. ERG. Bd. 3 Nr. 111, Nr. 126, Bd. 21 Nr. 81, Bd. 51 Nr. 95.

durch ein Stellvertretungsverhältnis oder eine Rechtsnachfolge der wichtige Rechtsbehelf der Eideszuschiebung ausgeschlossen werden. ZPO. § 445. Dafür kann der Eid aber auch *nur* dem Gegner zugeschoben werden, nicht einem dritten, nicht dem Vertreter oder Rechtsvorgänger. ZPO. § 449.

Nach *gemeinem* Rechte konnte der Eid auch über jede andere Tatsache (in Form eines Glaubenseides) zugeschoben werden. Die Einschränkung des Eideszwanges entstammt dem *französischen* Rechte.[8])

Einen Eid unmittelbar über das *Recht* des Klägers hatte das römische Recht zugelassen (iuramentum in iure delatum). Auf das Recht des Klägers *formulierte* Eide kannte auch der mittelalterliche, der deutsche wie der römisch-kanonische Prozeß; es läßt sich aber bezweifeln, ob nicht doch in Wahrheit damit nur der *Klaggrund* gemeint war. Der Rechtseid verschwand jedenfalls bereits im gemeinen Prozeß, nachdem man erkannt hatte, daß sich hinter dem auf das Recht abgestellten Eide auch eine unrichtige Rechtsauffassung verbergen könne, die maßgebende juristische Beurteilung aber nicht dem Richter entzogen und der Partei selbst überlassen werden dürfe.[9])

Vertreter im Sinne des § 449 ist jeder, der im Namen der Partei gehandelt hat, und mit Wirksamkeit für sie (gesetzliche oder gewillkürte Vertretung oder genehmigte Geschäftsführung). „Rechtsvorgänger" ist jeder, von dem die Berechtigung oder Verpflichtung (z. B. im Falle der Beerbung, der Schuldübernahme) der Partei hergeleitet wird (auch der Nichtberechtigte, von dem die Partei ihren Rechtserwerb herleitet).[10])

Gegen die Eideszuschiebung ist nach dem Gesagten der Einwand möglich, daß die Tatsache nicht Gegenstand der Wahrnehmung der Partei u. s. w. gewesen sei.

3. Die Eideszuschiebung ist „*subsidiär*"; sie gelangt nur zur Wirksamkeit (§§ 446, 453), wenn weder für die zu beweisende Tatsache noch für ihr Gegenteil Beweis erbracht oder einer der Parteien ein richterlicher Eid aufzuerlegen ist (vgl. oben § 44a VIII und § 45a).

4. Die *Zurückschiebung* des Eides ist nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig, wie die Zuschiebung; sie ist aber unzulässig, wenn die Partei, der der Eid zugeschoben ist, über eine *eigene* Handlung oder Wahrnehmung zu schwören hat, die zuschiebende Partei aber nicht dazu in der Lage wäre. ZPO. § 448.

5. Diese Beschränkungen der Zulässigkeit der Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides sind zum Teil nur *dispositiver* Natur. *Zwingend* ist allerdings die Vorschrift, daß der Eid nur über Tatsachen zulässig ist. Im übrigen aber kommen die in den §§ 445, 448, 449 enthaltenen Beschränkungen in Wegfall, wenn die Parteien darüber einig sind und auch das Gericht zustimmt. ZPO. § 450.[11])

---

[8]) Code civile art. 1359; vgl. dazu *Weismann*, Z. Bd. 18 S. 283.

[9]) *Kleinfeller* a. a. O., dazu meine Bemerkungen in Z. Bd. 18 S. 279 ff.

[10]) Über den Begriff der Rechtsnachfolge noch unten bei der Rechtsnachfolge in den Prozeß (§§ 88, 91).

[11]) Darüber *Hoffmann* in *Gruchot* Bd. 27 S. 177 ff. *H. Meyer*, daselbst Bd. 35 S. 606 ff. *Bach*, Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides an dritte (1894). Vgl. *Thiele*, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 22 S. 30 ff. (über die Frage: wer ist Partei, wer ist dritter?) und Gruchot Bd. 39 S. 601 ff.

V. Da die Eideszuschiebung den Ersatz bilden soll für eine anderweite Beweisführung, so ist nur die Eideszuschiebung, die von einer beweispflichtigen Partei ausgeht, beachtlich. Eine nicht beweispflichtige Partei lädt sich nicht dadurch die Beweislast auf, daß sie dem Gegner den Eid zuschiebt. ZPO. § 447. Und haben beide Teile — im Zweifel über die Beweislast — sich wechselseitig den Eid bezüglich derselben Tatsache zugeschoben, so kommt doch immer nur die Eideszuschiebung derjenigen Partei zur Geltung, der in Wahrheit die Beweislast obliegt.

VI. Eidesfähig ist, wer prozeßfähig ist. Für die prozeßunfähige Partei hat ihr gesetzlicher Vertreter zu schwören, ebenso der Pfleger für die von ihm vertretene Partei (da sie nach ZPO. § 53 für den Prozeß einer prozeßunfähigen Partei gleichsteht). An den gesetzlichen Vertreter, den Pfleger, und nicht an die vertretene Partei, erfolgt dann auch die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides; und zwar ist sie insoweit zulässig, als sie zulässig sein würde 1. an die vertretene Partei, falls sie prozeßfähig wäre; oder 2. an den Vertreter (Pfleger), wenn er selbst Partei wäre;[12]) dabei ist es gleichgültig, ob seine eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen in den Kreis seiner Vertretungsgeschäfte fallen oder nicht.

Das Gericht kann aber auf Antrag des Gegners die Zuschiebung oder Zurückschiebung, wenn es ihm den Umständen nach angemessen erscheint, auch zulassen: an die minderjährige Partei selbst, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet hat, an die volljährige Partei, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, an die geschäftsfähige Partei, die im Rechtsstreit durch einen Pfleger vertreten wird, vorausgesetzt, daß es sich um Tatsachen handelt, die in Handlungen der Partei selbst bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind. ZPO. § 473.[13])

Nach preuß. Ausführungsges. z. ZPO. § 2 sind die Landesherren u. s. w. (vgl. oben § 24 III 3) selbst schwurpflichtig und nicht die zu ihrer Vermögensverwaltung bestehende Behörde, die als ihr gesetzlicher Vertreter gilt, wenn der Eid eine eigene Handlung oder Wahrnehmung der Partei zum Gegenstande hat.

Hat eine Partei mehrere gesetzliche Vertreter (z. B. eine Aktiengesellschaft mehrere Direktoren), so muß ihnen allen der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden (gleichviel ob sie auch alle an der Prozeßführung teilnehmen), sofern nicht rücksichtlich einzelner die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. Betrifft aber der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so sind die anderen überhaupt nicht eidespflichtig, brauchen auch nicht den Überzeugungseid (unten VII) zu leisten. Jedenfalls bedarf es zur Zuschiebung oder Zurückschiebung

---

[12]) Beispiele s. ERG. Bd. 15 Nr. 73, Bd. 21 Nr. 32.

[13]) Daß diese Vorschrift nicht anwendbar auf den Gemeinschuldner, den Erben in Prozessen, die von einem Konkursverwalter, Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker geführt werden, ergibt sich von selbst aus dem oben § 23 II 3 Gesagten. (Streitig besonders hinsichtlich des Verhältnisses von Konkursverwalter und Gemeinschuldner; vgl. die Komment.)

der übereinstimmenden Erklärung aller gesetzlichen Vertreten. Über die Annahme des Eides haben sich nur die Vertreter zu erklären, denen der Eid zugeschoben ist.

Ist der Eid, wenn alle gesetzlichen Vertreter schwurpflichtig sind, von einem oder mehreren derselben, wenn nur ein Teil der gesetzlichen Vertreter schwurpflichtig ist, von einem oder mehreren derselben oder auch allen schwurpflichtigen Vertretern verweigert oder als verweigert anzusehen, so greift ausnahmsweise freie richterliche Beweiswürdigung Platz: das Gericht entscheidet nach freier Überzeugung, ob die Tatsache, die den Gegenstand der Eideszuschiebung bildete, für wahr zu erachten sei. Und wenn einzelne erklären, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist von vornherein die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht der Meinung ist, daß es doch nicht darauf ankomme. ZPO. §§ 474, 472. Vgl. zu letzterem Paragraphen unten § 105.

VII. Die Eidesnorm gestaltet sich verschieden, je nachdem der Schwurpflichtige über eine eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören hat oder die einer anderen Person (eines Vertreters, Rechtsvorgängers). Im ersteren Falle ist der Eid Wahrheitseid, im anderen Überzeugungseid. ZPO. § 459.

1. Im ersteren Falle ist der Eid dahin zu leisten: „daß die Tatsache wahr oder nicht wahr sei".

Es ist durchaus nicht notwendig, daß diese Worte ausdrücklich in den Eidessatz aufgenommen werden. An die Eingangsworte „ich schwöre" kann sich vielmehr unmittelbar die zu beschwörende Erklärung selbst anschließen. (Z. B.: Ich schwöre: ich habe mit dem Kläger für den mir von ihm gelieferten Sessel einen Kaufpreis von 45 und nicht von 50 Mark verabredet.) Und überhaupt ist stets nach möglichster Deutlichkeit und Faßlichkeit der Formulierung zu streben.

2. Über andere Tatsachen ist der Eid dahin zu leisten: „daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Tatsache wahr sei."

3. Aber auch wenn eine eigene Handlung oder Wahrnehmung des Schwurpflichtigen von seinem Gegner (nie, wenn sie vom Schwurpflichtigen selbst) behauptet ist, kann, weil nach den Umständen des Falles dem Schwurpflichtigen billigerweise nicht zuzumuten ist, daß er die Nichtwahrheit der Tatsache oder ihre Wahrheit (beispielsweise: die Beobachtung einer Vorsichtsmaßregel, deren Nichtbeobachtung der Gegner behauptet) beschwöre (z. B. es handelt sich um weit zurückliegende oder alltägliche der Erinnerung sich nicht einprägende, an sich gleichgültige Vorkommnisse), auf Antrag, nach freiem Ermessen, das Gericht einen Eid des Inhaltes zulassen, „daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß die Tatsache nicht wahr sei" (nicht wie im vorigen Falle, daß er nicht die Überzeugung erlangt habe, daß die Tatsache wahr sei); beziehungsweise: „die Überzeugung, daß die Tatsache wahr sei."

VIII. Immer ist der Eid vom Gerichte zu formulieren, ZPO. §§ 462, 359 Nr. 4, und immer kann es zur Leistung des Eides erst kommen, nachdem sie durch gerichtliche Entscheidung angeordnet ist. Und zwar ist

es die Regel, daß durch bedingtes Endurteil auf die Eidesleistung zu erkennen ist, §§ 460, 462, hierüber das Nähere in der Lehre vom Urteil unten § 60.

Durch Beweisbeschluß (§ 359) kann die Eideszuschiebung angeordnet werden, wenn die Parteien über Erheblichkeit und Norm des Eides einverstanden sind,[14]) und ferner wenn die Entscheidung (das Zwischenurteil) über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Eidesleistung abhängt. In diesem letzteren Falle ist auch bedingtes Zwischenurteil möglich. ZPO. § 461.

Hierüber s. unten — in der Lehre vom Urteil — § 57.

Ein Eidesbeschluß ist ferner auch möglich zur Erledigung eines Zwischenstreites (worüber unten § 82).

IX. Der Erfolg der Zuschiebung wie der Zurückschiebung des Eides ist — ihrer Idee nach — von einem bestimmten Verhalten des Gegners (Annahme oder Zurückschiebung des Eides, Eidesleistung, Eidesweigerung) abhängig. Gegen den untätigen („säumigen") Gegner bedarf es daher des Zwanges. Der Zwang ist hier, wo es sich um eine Parteierklärung handelt, Interessezwang (vgl. unten § 85).

Der Gedanke des Eideszwanges entstammt dem römischen Recht; vgl. den Titel Dig. De iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudicali (12, 2), bes. l. 34 § 6, l. 38. Im übrigen s. Wetzell § 27.

1. Die Partei, der der Eid zugeschoben ist, muß sich darüber erklären, selbst dann, wenn sie Einwendungen in Bezug auf die Eideszuschiebung vorbringt. ZPO. § 452[1].

Erklärt sie sich nicht, so gilt der Eid als verweigert. Der Nichterklärung steht eine unzulässige Erklärung gleich, insbesondere also auch eine unzulässige Zurückschiebung des Eides ohne bedingte Annahme desselben. ZPO. § 452[2].

Wenn neben der Eideszuschiebung andere Beweismittel, sei es von der einen oder der anderen Partei, geltend gemacht sind, so braucht die Erklärung erst abgegeben zu werden, wenn die Beweismittel aufgenommen oder sonst erledigt sind und darauf die Eideszuschiebung wiederholt wird.[15]) ZPO. § 454[1].

Jedenfalls aber gilt wegen unterbliebener Erklärung der Eid nur dann als verweigert, wenn durch das Gericht die Partei ausdrücklich zur Erklärung aufgefordert worden ist. ZPO. § 455.

Die unterbliebene Erklärung des Gegners kann noch bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, und kann noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden, §§ 278, 531; vgl. unten § 51 und § 99. Die Erklärung aber, daß man den Eid nicht leisten werde, nicht leisten wolle oder könne, ist ausdrückliche Eides-

[14]) Haben sich die Parteien geeinigt, so kommt nun nichts mehr darauf an, welche von ihnen beweispflichtig war. ERG. Bd. 53 Nr. 11.

[15]) Wird sie nicht wiederholt, so ist zu fragen, ZPO. § 139. ERG. Bd. 29 Nr. 84.

verweigerung, nicht bloße Ablehnung der Erklärung. (Vgl. auch ZPO. § 472, letzter Satz.) Die Erklärung, daß man „die Annahme" des Eides verweigere, ist allerdings zweideutig.

2. Wenn zur Leistung des (zugeschobenen und angenommenen oder zurückgeschobenen) Eides der Schwurpflichtige in dem dazu bestimmten Termine nicht erscheint, so ist auf Antrag der Eid als verweigert anzusehen und gleich zur Hauptsache zu verhandeln. ZPO. § 465. Der Schwurpflichtige kann dann aber noch — innerhalb der Notfrist von einer Woche nach dem Termine — die nachträgliche Eidesabnahme beantragen und damit die Versäumnisfolge beseitigen. ZPO. § 466.

Über das weitere Verfahren s. unten § 93 XIII.

X. Die Eideszuschiebung kann wie jede Beweisantretung beliebig zurückgenommen werden; sie dient nur dem Interesse des Zuschiebenden. Sie kann zurückgenommen werden, auch nachdem ein Beweisbeschluß erlassen ist.

Wenn freilich durch Urteil die Eidesleistung angeordnet ist, so ist ein Widerruf der Eideszuschiebung, wegen der bindenden Kraft des Urteils, wirkungslos. (Vgl. aber unten Nr. 2.)

Bindend aber ist die Annahme wie die Zurückschiebung des Eides; ein Widerruf ist nur unter besonderen Umständen statthaft. ZPO. § 458.

1. Aus der subsidiären Natur der Eideszuschiebung folgt, daß, wenn andere Beweise aufgenommen sind, die vorher erklärte Annahme oder Zurückschiebung widerrufen werden kann. ZPO. § 451[2].

2. Die Zurückschiebung des Eides kann ferner widerrufen werden, wenn nach der Zurückschiebung der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht[16]) rechtskräftig verurteilt worden ist, oder wenn von einer solchen Verurteilung des Schwurpflichtigen der Gegner erst nach der Zurückschiebung Kenntnis erhalten hat. Denn das ist ein für die Entschließung des Gegners wesentlicher Umstand. ZPO. § 457.

Daß die Verurteilung erst später dem Gegner bekannt geworden sei, ist glaubhaft zu machen.

Die Zurückschiebung kann aus einem dieser Gründe sogar noch widerrufen werden, nachdem der Eid durch bedingtes Urteil angeordnet und dieses rechtskräftig geworden ist. Und aus entsprechenden Gründen ist auch der Widerruf der Eideszuschiebung nach bedingtem Urteil — auch nach Rechtskraft desselben — statthaft. ZPO. § 470.

Die Parteien können dann wieder, was den Beweis der Tatsache angeht, worauf sich der Eid bezog, alle Rechte ausüben, wie sie ihnen vor der Eideszuschiebung zustanden; das bedingte Urteil verliert seine

[16]) StGB. §§ 153—158; aber auch § 159 (Unternehmen der Verleitung zum Meineid, vgl. ERG. Bd. 46 Nr. 114, wo auch Literatur angegeben) und §§ 160, 162.

Geltung, es wird aufgehoben und der veränderten Prozeßlage entsprechend eine neue Entscheidung erlassen. ZPO. § 471[2 3].

XI. Gleiche Folgen treten ein, wenn die Eidesleistung dadurch unmöglich wird, daß der Schwurpflichtige stirbt, zur Eidesleistung unfähig wird, z. B. dadurch, daß er die Prozeßfähigkeit oder die Parteieigenschaft (beispielsweise durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen oder nach ZPO. § 266) verliert, oder daß er aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein. Auch in solchem Fall gewinnen beide Parteien hinsichtlich der betreffenden Beweisführung die Befugnisse zurück, die sie vor der Eideszuschiebung hatten und ist, wenn schon ein Eidesurteil erlassen war, unter Aufhebung desselben, anderweit in der Sache zu erkennen. § 471[1 3].

XII. Der Eid ist so zu leisten, wie er normiert ist. Doch können noch nachträglich unerhebliche Umstände, die in die Eidesnorm aufgenommen sind (z. B. unwesentliche Angaben über Ort, Zeit, über Eigenschaften einer Sache) berichtigt werden. Es kann ferner der Schwurpflichtige eine Änderung der Eidesnorm dadurch herbeiführen,[17]) daß er die zu beeidigende Erklärung — zu Gunsten der Gegenpartei — ändert (frühere Behauptungen zurücknimmt, früher bestrittene Tatsachen zugesteht), daß er auf Grund dieser veränderten Sachlage sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbietet.[18])

Derartige Änderungen der Eidesnorm sind auch noch möglich, wenn der Eid bereits durch bedingtes Urteil auferlegt ist. ZPO. § 469.

Die Änderung bedarf eines richterlichen Beschlusses. Ein beauftragter oder ersuchter Richter ist nur dann dazu befugt, wenn vom Gegner kein Widerspruch erhoben ist. Daß die Änderung ungerechtfertigt gewesen, kann ein Grund sein zur Anfechtung des Endurteiles.

XIII. Die Eidesleistung ist, von der einen Seite gesehen, ein Recht der Partei. Die Partei darf selbst durch ihren Eid das von ihr Erklärte zur Feststellung bringen. Sie ist anderseits eine Last und die Partei muß schwören, weil sonst das Gegenteil des von ihr Erklärten als festgestellt gilt. Beim Eide des Beweispflichtigen überwiegt der Gesichtspunkt des Rechtes, beim Eide seines Gegners überwiegt der Gesichtspunkt der Last.

Der Eid ist, wenn auch vom Gesetz unter die Beweismittel eingereiht, in Wahrheit doch kein Beweismittel in dem Sinne,[19]) wie es die übrigen sind, und hat auch nicht „Vergleichsnatur". Auch kann er nicht

---

[17]) Rönnberg in der N. 1 zitierten Abhandlung, Hergenhahn, Z. 15 S. 42 ff.

[18]) Z. B. er erbietet sich zu schwören, daß er dem Gegner nicht, wie früher behauptet, die ganze Schuld, sondern nur einen bestimmten Betrag zurückbezahlt habe. S. auch beispielsweise ERG. Bd. 30 Nr. 108.

[19]) Im Grunde genommen kommt es auf dasselbe hinaus, wenn der Parteieid als formelles Beweismittel bezeichnet wird. Denn formelles und materielles Beweismittel sind eben wesentlich voneinander verschieden und kommen nur darin miteinander überein, daß sie im Endergebnis zu einer tatsächlichen Feststellung führen.

zugleich die Natur eines Beweismittels und eines Vergleiches haben;[20]) denn beides ist miteinander unvereinbar.

Auf einem Vergleiche kann er nicht beruhen, weil er nicht auf einer Vereinbarung der Parteien beruht, vielmehr die Zuschiebung wie die Zurückschiebung des Eides den Gegner in eine Zwangslage bringt. Darum, weil er sich auf Tatsachen bezieht, weil Annahme oder Zurückschiebung des Eides nicht frei widerruflich sind, weil er feststellend wirkt und ein Gegenbeweis nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig ist, hat er die Natur eines Beweismittels oder Vergleiches ebensowenig wie das gerichtliche Geständnis. Er schließt jede Beweiswürdigung aus und wirkt nicht, weil er für das Gericht überzeugend wäre. Wie sollte auch an sich Beweiskraft zukommen der Versicherung des am Streitgegenstande unmittelbar Interessierten, daß er überzeugt oder nicht überzeugt sei von einer Tatsache, die ein Rechtsvorgänger, den er nicht einmal persönlich gekannt hat, wahrgenommen haben soll? Oder der Nichtleistung eines Eides, die auf den verschiedensten Gründen beruhen kann? Sie beweist so wenig wie die Nichterklärung, an die sich die Annahme eines Geständnisses knüpft. Und wie wäre die Subsidiarität der Eideszuschiebung erklärlich, die doch zu einer unumstößlichen Feststellung führen kann, wenn der Eid nicht von allen anderen Beweisen *wesentlich* verschieden wäre?

Das Besondere des „Beweises" durch Parteieid ist dies, daß hier die Feststellung einer Tatsache unmittelbar von dem Verhalten einer Partei abhängig gemacht wird, daß der Partei im Endergebnis die tatsächliche Feststellung, die *Entscheidung* über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache anheimgegeben wird, die sonst dem Richter zusteht.

In diesem Sinne sagt bereits die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung (I. Tit. 10 Abschn. 5, § 255), daß durch den zugeschobenen Eid derjenige, welcher ihn leisten soll, „zum Richter in seiner eigenen Sache gesetzt wird".

Das gerichtliche Geständnis macht den Beweis überflüssig, der Parteieid soll ihn *ersetzen*.

Wenn dem Beweispflichtigen der Beweis nicht gelingt, so soll doch wenigstens der Gegner nicht mit der bloßen Bestreitung davonkommen; für den Beweispflichtigen erscheint hier die Eideslast des Gegners als ein Äquivalent seiner Beweislast. Wird der Eid aber dem Beweispflichtigen zurückgeschoben, so erscheint für ihn die Eideslast als eine Milderung seiner Beweislast. Er darf — aber er muß auch, wenn er zum Siege gelangen will — den Beweis durch seinen Eid ersetzen, und dies mit dem Willen des Gegners, der sich durch die Zurückschiebung selbst von seiner Eideslast befreit. So erscheint durchweg die Eideszuschiebung als ein der Billigkeit entsprechendes Korrektiv der Beweislast. Nur weil in Wahrheit der Eid kein Beweismittel ist, kann dem Parteiwillen eine so weitgehende Einwirkung verstattet werden, kann insbesondere Parteivereinbarung die Zulässigkeit des Eides erweitern. Und weil anderseits die Eideszuschiebung ein Element der *Entscheidung* liefern soll, darum wird der Eid vom Gerichte normiert und darum ist gegen ihn ein Gegenbeweis nur unter Voraussetzungen zulässig, unter denen auch ein rechtskräftiges Urteil angefochten werden kann.

---

[20]) Die auch von den Motiven vertretene Anschauung.

§ 45a.

B. Der richterliche Eid.

I. Der richterliche Eid (vgl. oben § 44 VIII) ist der Eid, der vom Gerichte einer der Parteien auferlegt wird, zur Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu beweisenden Tatsache, bezüglich deren die Verhandlungen und eine etwaige Beweisaufnahme eine Überzeugung des Gerichtes zu begründen nicht ausreichend waren. ZPO. § 475.

Nicht darf eine beantragte Beweisaufnahme vom Gerichte bloß aus dem Grunde abgelehnt werden, weil nach dem Ergebnisse des seitherigen Verfahrens die Auferlegung eines richterlichen Eides veranlaßt sein würde; das dürfte nur geschehen, wenn es nach Lage der Sache *unmöglich* wäre, daß die beantragte Beweisaufnahme an der Überzeugung des Gerichtes etwas ändern könnte (vgl. dazu oben § 41 II); z. B. es handelt sich um unbeeidigt zu vernehmende Zeugen.

II. Auch der richterliche Eid kann ebenso wie der zugeschobene nur *Tatsachen* (gleichviel übrigens ob unmittelbar erhebliche oder indizierende, äußere oder innere Tatsachen) zum Gegenstande haben; und nur solche, die von einer der Parteien behauptet und mit hinreichender Genauigkeit behauptet sind. Im übrigen ist das richterliche Ermessen frei; die Einschränkungen des § 445 ZPO. gelten für den richterlichen Eid nicht.

III. Welcher der Parteien der Eid aufzuerlegen sei, ist von mannigfachen Rücksichten abhängig.

Insbesondere kommt es darauf an, ob nach dem Ergebnisse der Verhandlungen und etwaiger Beweisaufnahmen die zu beweisende Tatsache sich als wahrscheinlicher darstellt oder ihr Gegenteil; es kann die größere Vertrauenswürdigkeit einer der Parteien oder ihr mutmaßlich besseres Wissen ausschlaggebend sein; es kann der Umstand von Bedeutung werden, daß eine der Parteien den Verlust eines Beweismittels schuldhafterweise herbeigeführt hat. Die *Beweislast* ist hier an sich nicht *entscheidend*, aber keineswegs bedeutungslos; denn auf alle Fälle muß sich das Gericht darüber klar sein, welches „die zu beweisende Tatsache" sei; und nicht richtig wäre es, einen richterlichen Eid aufzuerlegen, wenn für die zu beweisende Tatsache sich gar nichts ergeben hat.

Und daran kann es auch nichts ändern, daß ein unternommener Gegenbeweis erfolglos geblieben ist; aber wenn über die beweislose Behauptung der Eid *zugeschoben* ist, kann der Gegenbeweis dazu führen, daß dem Gegenbeweisführer ein *richterlicher* Eid auferlegt wird.

Hat eine Partei mehrere gesetzliche Vertreter (vgl. § 473), so kann das Gericht ganz nach seinem Ermessen den Eid nur einem oder einigen von ihnen auferlegen. ZPO. § 476.

IV. Auf den richterlichen Eid finden entsprechende Anwendung (ZPO. § 477[1]) die auf den zugeschobenen Eid bezüglichen Bestimmungen der §§ 457, 459—471, 473.

Der in § 477 mitzitierte § 458 ist in Wahrheit unanwendbar.

Er kann aber nie durch Beweisbeschluß, sondern immer nur durch bedingtes Urteil (Endurteil oder Zwischenurteil) auferlegt werden. ZPO. § 477[3].

Die entsprechende Anwendung der §§ 457, 470 gestaltet sich dahin (§ 477[2]), daß auf Antrag des Gegners die Auferlegung des Eides zurückgenommen werden kann, wenngleich dieser schon vor derselben Kenntnis davon gehabt hat, daß der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt worden ist.

Es gilt insbesondere auch für den richterlichen Eid, daß er, einmal auferlegt, der Beweiswürdigung entzogen ist.

V. Besondere Arten des richterlichen Eides sind der Schätzungseid (ZPO. § 287) und der Editionseid, den im Editionsverfahren der Gegner des Beweisführers zu leisten hat (ZPO. § 426, vgl. § 431[2]), wenn er den Besitz der Urkunde bestreitet, deren Vorlegung das Gericht angeordnet hat (ZPO. § 425, vgl. oben § 42 VI).

1. Der Schätzungseid dient der Feststellung des Betrages eines Schadens oder Interesses (und damit natürlich auch der Feststellung, ob überhaupt ein Schaden entstanden sei). Das Gericht kann — nach seinem freien Ermessen — anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze, und zwar in Gestalt eines Überzeugungseides, es hat aber dabei einen Höchstbetrag zu bestimmen, über den der Schätzungseid nicht hinausgehen darf. Hier kann das Gericht, nach freiem Ermessen, von einer beantragten Beweisaufnahme absehen (aus dem Grunde, weil sie, seiner Meinung nach, doch die Auferlegung eines Schätzungseides nicht entbehrlich machen würde); es kann aber anderseits auch einen Beweis erheben gerade zu dem Zwecke, eine sichere Unterlage für die Festsetzung des Höchstbetrages zu gewinnen. Einen Anspruch auf eidliche Schätzung hat der Beweisführer in keinem Falle: die früheren Vorschriften[1]) über den Schätzungseid sind aufgehoben. ZPO. § 287[2].

2. Der Editionseid.

a. Er ist kein zugeschobener Eid, eine Zurückschiebung ist nicht möglich; er ist ein richterlicher Eid.

b. Seine Anordnung setzt keinen besonders darauf gerichteten Antrag voraus. Sie erfolgt kraft gesetzlicher Vorschrift, wenn der Gegner den Besitz der Urkunde bestreitet; auf andere Weise kann der Besitz der Urkunde nicht bewiesen werden; und auch ein Gegenbeweis ist dem Eidespflichtigen nicht gestattet.

Wohl aber ist der § 463[2] ZPO. auch auf den Editionseid anwendbar.

c. Die Anordnung erfolgt in Form eines Beschlusses.

---

[1]) S. Wetzell § 28 Nr. 1.

d. Die Eidesnorm ist *gesetzlich* bestimmt; sie geht dahin, daß der Schwurpflichtige

1) nach sorgfältiger Nachforschung die Überzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde;

2) daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen;

3) daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.

Das Gericht kann indes eine der Sachlage entsprechende Änderung der gesetzlichen Eidesnorm beschließen.

Der Eid ist in seinem ersten Teile ein Überzeugungseid, in seinen beiden anderen Teilen ein Wahrheitseid; er ist in seinem dritten Teile nicht ein Ignoranzeid[2]) (im gemeinrechtlichen Sinne), denn die Tatsache, auf die es ankommt, ist gerade das *Wissen*: der Gegner ist verpflichtet, dem Beweisführer anzugeben, wo sich die Urkunde befinde — *wenn* er es weiß.

e. Durch die Leistung des Editionseides wird festgestellt, daß der Gegner das Editionsbegehren des Beweisführers zu erfüllen außer stande sei; die Nichtleistung des Editionseides hat daher die gleiche Folge wie die Nichterfüllung der Editionspflicht. ZPO. § 427.

Die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides *können* durch Zwischenstreitsurteil festgestellt, sie können aber auch erst in den Gründen des Endurteils ausgesprochen werden.

f. Auf die Leistung des Eides durch gesetzliche Vertreter und die in § 473[2 3] ZPO., bezeichneten Personen sind die Vorschriften der §§ 472 bis 474 entsprechend anzuwenden. ZPO. § 426[3].

g. Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so ist der Editionseid (nicht von dem sie im Prozeß vertretenden, sondern) von dem amtlichen Verwahrer (oder den mehreren amtlichen Verwahrern) der Urkunden (z. B. dem Archivar) zu leisten.

Der Editionseid entstammt dem gemeinen Recht. Seine Eigentümlichkeiten suchte man daraus zu erklären, daß er sich aus dem mittelalterlichen deutschen Reinigungseid entwickelt habe.[3])

§ 45b.

Fortsetzung. Die Eidesleistung.

I. Zur Leistung des Eides ist ein Termin zu bestimmen. Er entspricht dem Beweisaufnahmetermin bei den eigentlichen Beweismitteln.

Demnach ist er, prinzipiell, von Amts wegen zu bestimmen und findet der Regel nach (ZPO. § 355) vor dem *erkennenden* Gerichte statt. Es bedarf aber einer Parteiladung, wenn er durch bedingtes Urteil auferlegt ist; es bedarf ihrer, um nach Rechtskraft des bedingten Endurteils das Verfahren wieder in Lauf zu bringen. (Darüber vgl. unten in der Lehre vom Prozeßbetrieb § 68.)

---

[2]) Wie gewöhnlich angenommen wird.

[3]) *Wetzell* § 24 N. 108.

Ausnahmsweise kann Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angeordnet werden, wenn der Schwurpflichtige verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen oder weil er in großer Entfernung von dessen Sitze sich aufhält. Die Landesherren, die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie des vormaligen hannövrischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses sind auch in Hinsicht auf den Parteieid (vgl. ZPO. § 375) privilegiert, sie leisten ihn in ihrer Wohnung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. ZPO. § 479.

II. Die Eidesleistung ist eine höchst persönliche Prozeßhandlung: der Eid kann nur von dem Schwurpflichtigen — der schwurpflichtigen Partei, dem schwurpflichtigen gesetzlichen Vertreter — in eigener Person und nicht durch einen Bevollmächtigen geleistet werden. ZPO. § 478.

Nach Landesrecht (z. B. Preuß. Kabinettsorder vom 15. September 1836) dürfen die Landesherren und die Mitglieder landesherrlicher Familien den Eid durch einen Bevollmächtigten leisten lassen.

§ 46.

Verfahren bei Abnahme von Eiden.

Für die Form der Eidesleistung gibt das Gesetz gewisse Vorschriften, die sich auf alle Arten von Parteieiden (also insbesondere auch den Offenbarungseid §§ 807, 883, 899 ff.) und auch auf den Eid der Zeugen und der Sachverständigen beziehen. (Nicht auf den letzteren, wohl aber auf alle Arten von Parteieiden beziehen sich die schon im vorigen Paragraphen erörterten §§ 478, 479.)

I. Die Eidesformel ist entsprechend der Gottesanschauung gefaßt, die allen monotheistischen Religionen gemeinsam ist. ZPO. § 481. Sie beginnt mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden"

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe."

In der Mitte steht die zu beeidigende Erklärung.

Besondere konfessionelle Zusätze zu machen ist der Schwörende nicht berechtigt,[1]) wie auch seine abweichende persönliche Anschauung die Eidesweigerung nicht rechtfertigt. Wenn aber durch Landesgesetz einer Religionsgesellschaft, die den Eid für unerlaubt hält (Mennoniten, Philipponen), der Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet ist, so wird eine Erklärung, die ein Mitglied dieser Religionsgesellschaft unter einer solchen Beteuerungsformel abgibt, der Eidesleistung gleichgeachtet. § 484.

Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, leisten Eide in der ihnen geläufigen Sprache. GVG. § 190.

---

[1]) Werden aber solche mit Genehmigung des Gerichtes gemacht, so wird die Eidesleistung dadurch nicht ungültig. ERG. in Strafsachen Bd. 10 Nr. 56.

II. Vor der Eidesleistung hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise (in Berücksichtigung also namentlich der Persönlichkeit des Schwurpflichtigen) auf die Bedeutung des von ihm zu leistenden Eides hinzuweisen. ZPO. § 480. Zu diesem Zwecke kann er auch „Vorhaltungen" von seiten des Gegners zulassen.

III. Der Eid wird in der Weise geleistet (ZPO. § 482), daß der Schwurpflichtige die die Eidesnorm (d. h. die zu beeidigende Erklärung) enthaltende Eidesformel entweder dem Richter nachspricht oder sie abliest. Ist jedoch die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt es, wenn die Eidesnorm vorgelesen und darauf in der Eidesformel verwiesen wird.

Bei der Eidesleistung *soll* der Schwörende die rechte Hand erheben. Die Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeit beeinträchtigt aber nicht die Gültigkeit des Eides.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, ebenso die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannövrischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses leisten den Eid durch Unterschreibung der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid durch Abschreiben und Unterschreiben der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel. Stumme, die nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hilfe eines Dolmetschers durch Zeichen. ZPO. § 483. Ein Dolmetscher ist nötigenfalls auch bei der Eidesleistung Tauber zuzuziehen. GVG. § 188. Ein Taubstummer, der lesen und sprechen gelernt hat, kann sehr wohl den Eid auch durch Ablesen leisten.

---

2. Kapitel.

Die Urteilsgrundlage nach ihrer Form.

§ 47.

Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens.[1])

I. Bei der grundlegenden Bedeutung, die der *Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit* zukommt, ist vor allem anderen die *Form*, in der sie sich vollzieht, für die Gesamterscheinung des Verfahrens bestimmend. Man redet daher von mündlichem und schriftlichem

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 128 ff. und Vorbemerk. Planck §§ 40, 72. Schmidt § 74. Wach, Vorträge S. 1 ff. Wach, Die zivilprozessuale Enquete (der Fragebogen von Weismann aufgestellt), Beilageheft zu Z. Bd. 11 (1887). — Über den Wert der Mündlichkeit eine Reihe von Streitschriften; insbesondere von Bähr (Jahrb. f. Dogmatik Bd. 23 S. 839 ff. und Bd. 24 S. 329) und Wach (Die ZPO. und die Praxis, 1886); s. im übrigen die Zusammenstellung der Literatur bei Goldenring, Z. Bd. 14 S. 52 ff.

Verfahren, wiewohl der prinzipielle Gegensatz sich nur auf die Form der Parteiverhandlung bezieht.

Ein Verfahren ist mündlich, wenn die Parteien diejenigen Erklärungen, durch welche sie auf den Inhalt der Entscheidung bestimmend einwirken wollen, wenn sie ihre Anträge und die Begründung ihrer Anträge vor dem erkennenden Gerichte mündlich vorbringen müssen. Ein Verfahren ist schriftlich, wenn das Vorbringen der Parteien, welches die Grundlage der Entscheidung bilden soll, dem erkennenden Gerichte in schriftlicher Form übermittelt sein muß.

Es sind Kombinationen beider Formen möglich. Es kann sein, daß an ein schriftliches Verfahren sich eine mündliche Verhandlung anschließt, und das Verhältnis, in welchem dann schriftliche und mündliche Verhandlung zueinander stehen, kann in verschiedener Weise konstruiert sein. Ein vollkommener Gegensatz besteht natürlich nur zwischen einem rein mündlichen und einem rein schriftlichen Verfahren.

In einem rein mündlichen Verfahren darf das erkennende Gericht bei seinem Urteile nur das und muß alles das berücksichtigen, was ihm mündlich von den Parteien vorgetragen ist, in einem rein schriftlichen Verfahren kommt für das Urteil nur das und alles das in Betracht, was schriftlich in den Prozeßakten enthalten ist.

Wenn, zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, zunächst schriftlich verhandelt, für die Entscheidung aber doch nur der Inhalt der mündlichen Verhandlung beachtlich ist, so ist das Verfahren ein mündliches. Wenn die Parteien zunächst mündlich vor einem Richter verhandeln, aber für das erkennende Gericht nur das vorhanden ist, was von dem Inhalt der mündlichen Verhandlung schriftlich in den Akten aufgezeichnet steht, so ist das Verfahren ein schriftliches.

Zu einem „mündlichen Verfahren" gehört nicht bloß, daß die Parteien mündlich, sondern auch daß sie unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte verhandeln. Für den Unterschied des mündlichen und schriftlichen Verfahrens ist charakteristisch die Art und Weise, in der das erkennende Gericht die Parteierklärungen in sich aufnimmt: in einem mündlichen Verfahren urteilt das Gericht unmittelbar auf Grund dessen, was es selber gehört hat, in einem schriftlichen Verfahren auf Grund dessen, was in den Akten zu lesen ist.

II. Die Schriftlichkeit erstreckt sich aber auch weiter auf die Beweisaufnahme und gestaltet sich hier zu dem Satze, daß (abgesehen natürlich von Schrifturkunden) das Ergebnis der Beweisaufnahme (die Aussagen der Zeugen, der Sachverständigen, die beim Augenschein gemachten Wahrnehmungen) schriftlich fixiert werden müsse, daß nur das schriftlich Fixierte für das Urteil in Betracht komme, so daß es gleichgültig erscheint, ob die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte selbst oder vor einem anderen Richter stattgefunden hat. Der Unmittelbarkeit der mündlichen Parteiverhandlung entspricht hingegen die Forderung, daß die Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gerichte zu erfolgen und daß

das Gericht nach dem unmittelbaren Eindruck der Beweisaufnahme zu urteilen habe. Von diesem Prinzipe der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist schon oben (§ 43a) geredet worden.

III.[2]) Im römischen Prozeß wie im älteren deutschen und auch im kanonischen Prozeß war die Parteiverhandlung eine mündliche. Schriftlich wird das Verfahren in Deutschland nach der Rezeption, und zwar zuerst beim Reichskammergericht. Die Entwicklung knüpft an die Vorschrift des kanonischen Rechtes in cap. 11 X de prob. (2, 11) an, wonach das mündlich Vorgetragene zu protokollieren ist. Zunächst wird es üblich, daß man seine Erklärung gleich niedergeschrieben in den Verhandlungstermin mitbringt, sie verliest und dann das verlesene Schriftstück zu Protokoll überreicht; ist der Gegner nicht in der Lage, gleich zu antworten, so erbittet er sich einen neuen Termin zur Erklärung. Späterhin unterbleibt der Vortrag, es wird statt seiner lediglich der Schriftsatz mit kurzen Begleitworten überreicht (recessus scriptus loco oralis); der Gegner erbittet sich Abschrift und einen neuen Termin zur Erklärung. Dieses Verfahren, zuerst nur gestattet, wird vorgeschrieben durch die Regensburger Kammergerichtsordnung von 1507, Titel 5. Endlich wird — zuerst bei dem Reichshofrat, dann bei den höheren Territorialgerichten, vielfach aber auch bei den Untergerichten — ein Verfahren durch Schriftenwechsel üblich: statt der Termine werden Fristen angesetzt, innerhalb deren die Parteien ihre Schriftsätze beim Gerichtschreiber einzureichen haben, diese werden dann abschriftlich dem Gegner mitgeteilt und, wo nötig, ihm eine neue Frist zur Erklärung anberaumt.

Der neuere preußische Prozeß (Verordnung von 1833, vgl. oben § 7 V) ließ der schriftlichen Instruktion eine mündliche Schlußverhandlung folgen, in welcher von einem Richter über den Inhalt der Akten Bericht erstattet wurde, das Referat konnte von den Parteien ergänzt oder berichtigt werden, neues Vorbringen war ihnen grundsätzlich nicht gestattet.

Daß im Anschluß an das französische Verfahren die neueren Prozeßordnungen wieder zur Mündlichkeit der Verhandlung zurückgekehrt sind, ist schon oben gesagt. § 7 VI.

IV. Die formelle Sicherheit der Urteilsgrundlage ist im schriftlichen Verfahren aufs vollkommenste erreicht: was, formell, der Richter bei seinem Urteile zu berücksichtigen hat, kann nicht zweifelhaft sein, und ob und wie er es berücksichtigt habe, kann genau nachgeprüft werden.

Aber der formellen Sicherheit entspricht nicht die innere Zuverlässigkeit und Vollständigkeit des Prozeßstoffes. Ein Mißverständnis der Parteien untereinander und mit dem Gerichte ist in einem schriftlichen Verfahren viel leichter möglich und viel schwerer zu erkennen und aufzuklären, als bei unmittelbarem mündlichem Verkehre. (Ein Fragerecht des Gerichtes war allerdings auch im gemeinen Prozesse anerkannt, aber tatsächlich wurde davon so gut wie kein Gebrauch gemacht.) In einem mündlichen Verfahren ist für die Deutlichkeit und Vollständigkeit der Urteilsgrundlage besser gesorgt. Und überhaupt ist eine zweckmäßige und erfolgreiche Einwirkung des Gerichtes auf die Bildung der Urteilsgrundlage praktisch nur möglich, wenn sich die Verhandlung der Parteien in seiner unmittelbaren Gegenwart entwickelt, so daß ihm ein stetes Eingreifen, Beschränken, Dirigieren möglich wird. Den fertigen Schriftsätzen gegenüber ist eine Abschneidung des Unerheblichen, unnötig Verwickelnden, Verschleppenden unmöglich. Es lag wesentlich an der Schriftlichkeit des Verfahrens, wenn im gemeinen Prozesse die richterliche Prozeßleitung verkümmerte.

An sich schon aber ist ein Verfahren, das sich schrittweise in zeitlich und räum-

[2]) Das Material bei Wetzell § 67.

lich auseinander fallenden schriftlichen oder schriftlich zu fixierenden einseitigen Erklärungen vollzieht, langsamer und schwerfälliger als ein in lebendiger Rede und Gegenrede, in gleichzeitigem unmittelbarem Zusammenwirken der Parteien und des Gerichtes sich entwickelnder Rechtsstreit; wozu dort eine lange Zeit sich hindurchziehende Folge einseitiger Erklärungen erforderlich ist, das kann sich hier bei zweiseitiger Verhandlung in einem einzigen kurzen Termine abspielen. Die Erfahrung hat nun aber auch gelehrt, daß, um ein endloses Hinausziehen der Verhandlung zu verhüten, das schriftliche Verfahren des künstlichen Mittels der sogen. Eventualmaxime nicht entbehren kann.[8]) Darunter versteht man die an die Parteien gestellte Forderung, Rechtsbehelfe, die demselben nächsten Prozeßzwecke zu dienen bestimmt sind, auf einmal, gleichzeitig, vorzubringen, also „in eventum", nämlich immer den einen nur für den Fall, daß der andere keinen Erfolg hat. In beschränktem Umfang, nur für bestimmte Einwendungen, schon im italienischen Statutarprozeß des Mittelalters, dann auch im kanonischen Prozesse in Übung, wurde dieser Grundsatz im Reichskammergerichtsverfahren, und nach seinem Vorbild auch in den territorialen Prozeßordnungen und in der gemeinrechtlichen Praxis immer weiter ausgedehnt, erst auf gleichartige, zuletzt aber im Jüngsten Reichsabschied von 1654 auch auf ungleichartige, demselben nächsten Prozeßzweck dienende, derselben Prozeßstufe angehörende Rechtsbehelfe, so daß z. B. hienach in der Klagbeantwortungsschrift der Beklagte mit dem Bestreiten der klagbegründenden Klagtatsachen zugleich alle seine Einwendungen zu verbinden hatte. Ein nachträgliches Vorbringen war nur auf Grund einer restitutio in integrum zulässig. Das führte dazu, daß die Parteien, um nichts zu versäumen, alle nach Lage des Falles denkbaren Einwendungen, Repliken u. s. w. vorzubringen pflegten, auch wenn sie ernstlich gar nicht daran dachten, sie zu beweisen, so daß der Prozeß mit unerheblichem Material überlastet wurde.

Böser Wille gar und Schikane haben in einem schriftlichen Prozesse weit leichteres Spiel; denn es ist leichter schriftlich, als im Angesicht des Gegners, des Gerichtes und, wenn die Verhandlung öffentlich ist, in Gegenwart unbeteiligter dritter Personen frivolerweise unwahre Behauptungen aufzustellen und wahre zu leugnen; und das Bestreben, durch unklare oder zweideutige Darstellung den Sachverhalt zu verdunkeln, das im mündlichen Verfahren einer geschickten und energischen Leitung der Verhandlung nicht standhält, erreicht im schriftlichen Verfahren leicht sein Ziel.

Werden die Beweisergebnisse lediglich aus Protokollen dem erkennenden Gerichte bekannt, so wird eben durch diese Vermittlung auch die Gefahr des Irrtumes vermehrt; denn das Protokoll kann unklar, unrichtig, lückenhaft sein, und kann selbst wieder von dem erkennenden Gerichte mißverstanden werden. Bei der schriftlichen Vermittlung der Beweisergebnisse kann sogar wichtiges Material ganz verloren gehen, insofern es — namentlich für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugenaussagen — auf den unmittelbaren persönlichen Eindruck ankommt, der durch kein Protokoll völlig ersetzt werden kann. S. oben § 43a.

Die Bequemlichkeit der schriftlichen Urteilsgrundlage aber wird dadurch wieder aufgewogen, daß nun der Richter genötigt ist, aus oft zahlreichen weitläufigen unklar und ungeschickt abgefaßten, auch viel Unerhebliches enthaltenden Aktenstücken die wesentlichen Punkte zusammenzusuchen und nach ihrem logischen Verhältnis zusammenzustellen. Das Aktenstudium war im schriftlichen Verfahren eine nicht leicht zu erlernende Kunst, und das Bild, das von der Sachlage meist nur mit vieler Mühe aus dicken Aktenstößen zu gewinnen war, oft genug ein unrichtiges oder unvollständiges. Es kam hinzu, daß bei kollegialer Gerichtsverfassung unmöglich alle Richter selbst die sämtlichen Prozeßakten lesen konnten; das Urteil mußte also auf Grund eines Referates gefällt werden,

---

[8]) Wetzell § 71. Näheres unten § 51 II.

das über den Inhalt der Akten dem Kollegium von einem Mitgliede erstattet wurde (dem eintönigen Vortrage eines langen schriftlichen Berichtes zu folgen, erwies sich übrigens für die anderen Mitglieder als schwer, ja bisweilen so gut wie unmöglich). Von der Richtigkeit des Referates hing also die Richtigkeit des Urteiles ab. Hiedurch und durch das naturgemäße Übergewicht, das seine bessere Beherrschung des Materiales dem Referenten verlieh, gingen die Vorteile der kollegialen Beratung zum großen Teile verloren. Aus einer eindrucksvollen mündlichen Verhandlung aber vermögen die Gerichtsmitglieder gleichmäßig ein lebendiges Bild des Sachverhaltes zu schöpfen und gleichmäßig vorbereitet in die Beratung einzutreten.

Der Vorzug des mündlichen vor dem schriftlichen Verfahren beruht im wesentlichen darauf, daß der mündliche Verkehr wie das naturgemäße so das beste, zuverlässigste und schnellste Mittel der Verständigung ist, für welches die Schrift nur einen Notbehelf bilden soll; es ermöglicht den Parteien wie dem Gerichte eine größere Bewegungsfreiheit, dem Gerichte einen stärkeren Einfluß auf die Entwicklung des Rechtsstreites und es ermöglicht endlich eine raschere Erledigung desselben. Seine Schwäche wurzelt in der hohen Anforderung, die es an den Richter stellt, daß er auf Grund seiner Erinnerung an das vergängliche gesprochene Wort sich sein Urteil zu bilden habe; so wird von der Sicherheit seiner Erinnerung die Richtigkeit der Urteilsgrundlage abhängig.

Und anderseits wird auch der Vorzug der Schnelligkeit beeinträchtigt, wenn, wie es nur allzuhäufig der Fall ist, die Verhandlung nicht genügend vorbereitet und (weil nun eine sofortige Erklärung auf ein unerwartetes Vorbringen des Gegners nicht möglich) die Anberaumung eines neuen Termines zur Fortsetzung der Verhandlung nötig wird, wenn wiederholt Verhandlungstermine ausfallen oder vertagt werden müssen, weil die Parteien oder die beiderseitigen Anwälte verhindert sind, zu erscheinen oder zu verhandeln, oder zwar nur einer der Anwälte verhindert ist, aber kollegiale Rücksicht den Gegenanwalt nötigt, in die Vertagung oder den Ausfall des Termines zu willigen.

Es ist in anderem Zusammenhange darzulegen, wie die Zivilprozeßordnung bestrebt ist, diesen Übelständen entgegenzuwirken: wie sie die Schrift als Mittel der Beurkundung oder als Form einzelner Prozeßhandlungen verwertet, wie sie in besonderen Fällen sogar zu einem grundsätzlich schriftlichen Verfahren mit einer (durch dasselbe begrenzten) mündlichen Schlußverhandlung greift, wie sie sich der Schrift zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (im „vorbereitenden Schriftenwechsel") bedient, wie sie auch noch durch andere Maßregeln den Prozeßstoff zeitlich zusammenzudrängen und möglichst der Entscheidung nahe zu rücken sucht, wie sie dem Gerichte die Mittel in die Hand gibt, selbst durch Trennung des Verhandlungsstoffes und stückweise Erledigung desselben (durch „Zwischenurteile") seine Urteilsaufgabe sich zu erleichtern.

§ 48.

Die mündliche Verhandlung der Zivilprozeßordnung.[1])

I. Im § 128 der Zivilprozeßordnung wird das Prinzip der Mündlichkeit der Parteiverhandlung aufgestellt, mit den Worten:

„Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist die mündliche."

[1]) Vgl. § 47 N. 1.

Begriff und Inhalt der Parteiverhandlung wurde schon oben (§§ 32 bis 35, 37) erörtert. Danach wird sie eingeleitet durch die Anträge der Parteien (ZPO. § 137[1]), umfaßt weiter die Begründung der Anträge durch tatsächliche Behauptungen wie durch rechtliche Ausführungen (ZPO. § 137[2]), die Erklärungen der Parteien über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners (§ 138), ihre Beweisantretungen und die darüber abgegebenen Erklärungen, insbesondere Beweiseinreden (§ 282).

Inwiefern eine mündliche Verhandlung über *prozessuale* Streitpunkte erforderlich ist, wird sich später ergeben. (S. § 82.)

Durch die Parteianträge wird die Verhandlung *eingeleitet* (§ 137). So lange sie nicht gestellt sind, hat also die Verhandlung noch nicht begonnen. So lange sind also auch keine anderen (prozessualen) auf die *Verhandlung* bezüglichen Anträge (z. B. auf Aussetzung des Verfahrens vgl. unten §§ 72 f.) beachtlich.

II. Für andere Prozeßakte als die Parteiverhandlung ist die *schriftliche* Form zugelassen, für gewisse Prozeßakte sogar vorgeschrieben. *Vorgeschrieben* ist sie gerade für die grundlegenden Akte, durch welche ein Prozeß oder eine Instanz eröffnet wird: für die Klage (vgl. oben § 17) für die Rechtsmittel der Berufung, der Revision.

Die Verhandlung *über* die Klage (vgl. oben §§ 32 f.) ist scharf zu sondern von der Klagerhebung selbst (vgl. oben § 17) (auch dann, wenn, ausnahmsweise, die Klage mündlich erhoben wird).

Aus der schriftlichen Form der Klagerhebung ergibt sich auch die wichtige Konsequenz, daß bei Versäumnis des Klägers die Klage abgewiesen werden kann, ZPO. § 330 (vgl. unten § 93), daß sie abgewiesen werden kann, ohne daß sie mündlich vorgetragen ist.

III. Die mündliche Verhandlung ist die wesentliche formale Voraussetzung eines Urteiles; sie bildet mit einer etwaigen Beweisaufnahme die Grundlage der Entscheidung. Was nicht in der mündlichen Verhandlung vorgetragen ist, kann im Urteil nicht berücksichtigt werden.

Das *bloß* schriftlich Vorgebrachte ist unbeachtlich. Und so kann denn auch keine Partei auf Grund eines neuen schriftlichen Vorbringens die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung (vgl. unten XI) verlangen.

IV. Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; ein Vorlesen ist unstatthaft. Nur insoweit ist die Vorlesung von Schriftstücken zulässig, als es auf ihren wörtlichen Inhalt ankommt.

An dieser Vorschrift des Gesetzes wird in der Praxis allerdings nicht immer streng festgehalten.

Noch weniger ist eine Bezugnahme auf Schriftstücke *anstatt* der mündlichen Verhandlungen zulässig — sonst würde die Mündlichkeit zur leeren Form. ZPO. § 137[2 3].

Damit ist nicht ausgeschlossen die Bezugnahme auf Rechnungen, Vermögensverzeichnisse, Kostenanschläge und dergleichen umfangreichere Schriftstücke, zur Ergänzung der mündlichen Verhandlung, sofern ihre Vorlesung völlig bedeutungslos sein würde, weil sie doch vom Gericht unmöglich im Gedächtnis behalten werden könnten.

V. Soweit Anwaltszwang besteht (vgl. oben § 25 III), müssen die Parteien in der Verhandlung durch ihren prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten sein. Erscheint die Partei allein, so wird sie nicht gehört, sondern als säumig behandelt. Wohl aber kann die Partei (die prozeßfähige Partei selbst, für eine prozeßunfähige ihr gesetzlicher Vertreter) mit dem Rechtsanwalt zusammen erscheinen und dann ist auch ihr selbst, neben dem Anwalt, auf ihren Antrag das Wort zu verstatten. ZPO. § 137[4].

Nur hiedurch kann auch die Bestimmung des § 85 Satz 2 ZPO. zur Geltung gelangen.

Parteien, Bevollmächtigte, Beistände, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrag mangelt (nicht aber Rechtsanwälte), kann das Gericht zurückweisen. ZPO. § 157[1 4]. Das Gericht kann ferner auch, nach seinem Ermessen, Bevollmächtigte und Beistände (ausgenommen Rechtsanwälte und solche Personen, denen das mündliche Verhandeln vor Gericht durch eine seitens der Justizverwaltung getroffene Anordnung gestattet ist) aus dem Grunde zurückweisen, weil sie aus dem Verhandeln vor Gericht sich ein Geschäft machen. ZPO. § 157[2 4]. Die Zurückweisung ist in beiden Fällen unanfechtbar. § 157[3].

Vgl. dazu RAO. § 25[2] (s. oben § 15 VI). S. noch ZPO. § 158, worüber unten § 67 II.

VI. Die Forderung der Mündlichkeit bezieht sich naturgemäß nicht auf die Beweisaufnahme; das gilt auch besonders für den Urkundenbeweis. Die Beweisaufnahme vollzieht sich hier durch Vorlegung und Einsichtnahme der Urkunde (vgl. oben § 43 III), eine Verlesung ist nicht vorgeschrieben; wohl aber muß, da alle, auch die mittelbar erheblichen, Tatsachen vorzutragen sind, der Inhalt der Urkunde zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht, es muß also die in der Urkunde enthaltene Erklärung wenigstens ihrem Inhalte nach vorgetragen werden.

So die in der Praxis (namentlich auch des Reichsgerichtes)[2]) wohl jetzt herrschende Anschauung. — Die Frage ist sehr bestritten.[3]) Nach einer strengeren Meinung ist die Urkunde, soweit ihr Inhalt von Erheblichkeit ist, wörtlich vorzutragen; eine nachgiebigere Auffassung läßt sich am Vortrag der — nächsten — Umstände, die durch die Urkunde bewiesen werden sollen, genügen. Eine vierte Ansicht stellt die Art der Beweisaufnahme in das richterliche Ermessen.

VII. Hat eine Beweisaufnahme stattgefunden, so haben die Parteien auch über deren Ergebnis unter Darlegung des Streitverhältnisses mündlich zu verhandeln. ZPO. § 285, vgl. oben § 44a VII.

---

[2]) ERG. Bd. 4 Nr. 104, Bd. 8 Nr. 87, 88.
[3]) Komment. zu §§ 128, 420. Wach, Enquete S. 74 ff.

Wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem erkennenden Gericht, sondern vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt ist, so haben „die Parteien das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen". ZPO. § 285[2]. Das Beweisergebnis wird in diesen Fällen an und für sich dem erkennenden Gerichte durch das Protokoll über die Beweisaufnahme vermittelt; aber dasselbe soll durch den Vortrag zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden. Dieser Vortrag hat also das Besondere, daß er nicht neues Material in den Prozeß einführt, sondern über schon eingeführtes berichtet.[4]) Die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vortrages ist daher vom Gericht von Amts wegen zu prüfen, seine Berichtigung und Vervollständigung wo erforderlich von Amts wegen zu veranlassen. ZPO. § 136[3], § 130[3].

Die vielbesprochene Frage, wie es zu halten sei, wenn unrichtig oder unvollständig vorgetragen und auch keine Partei zu einem richtigen oder vollständigen Vortrag zu bewegen ist, wird nicht leicht praktisch werden, weil regelmäßig doch, wenn nicht die eine, dann umsomehr die andere Partei an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Vortrages interessiert ist. Das Gesetz eröffnet für diesen Fall keinen besonderen Ausweg; ein richterliches Referat insbesondere, als Ersatz des Parteivortrages, ist ihm fremd. Nur mittelbar wird das Gericht in der Weise auf die Parteien einwirken können, daß es ohne einen richtigen und vollständigen Vortrag die Sache für nicht spruchreif erklärt, also das Urteil verweigert.

VIII. Die mündliche Verhandlung erfolgt in einem Termin vor dem erkennenden Gerichte; und kann sie in einem Termine nicht zu Ende geführt werden, so bedarf es eines neuen Termins, eines Termins „zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung". Eines solchen bedarf es stets, wenn wegen einer Beweisaufnahme die mündliche Verhandlung abgebrochen werden mußte. Und zwar ist, wenn die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht erfolgen soll, der Termin zur Beweisaufnahme von selbst, kraft Gesetzes, auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt. ZPO. § 370[1].

Streitig ist[5]) (im Sinne des Gesetzes wohl richtiger zu verneinen), ob der Termin durch ausdrückliche Anordnung auf die Beweisaufnahme oder einen Teil derselben beschränkt werden dürfe.

Soll die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen, so wird ein besonderer Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumt, entweder gleich im Beweisbeschlusse oder nach Beendigung der Beweisaufnahme. ZPO. § 335.

Vgl. dazu unten in der Lehre vom Prozeßbetrieb § 68.

---

[4]) Verschiedentlich ist in der Literatur (zuerst von Wach, Vorträge S. 6 ff., vgl. Handbuch S. 332 N. 39) die Ansicht vertreten, daß das protokollierte Beweisergebnis auch ohne Vortrag berücksichtigt werden könne (vgl. Komment. zu § 285); sie ist mit der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes wohl nicht zu vereinbaren.

[5]) Komment. zu ZPO. § 370.

IX. Immer also ergeht das Urteil unmittelbar auf Grund einer mündlichen Verhandlung. Daß diese letzte mündliche Verhandlung, „diejenige mündliche Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht", noch einmal den ganzen Prozeßstoff, auch den schon früher verhandelten umfassen müsse, ist im Gesetz nicht vorgeschrieben. Einer wiederholten Verhandlung würde es nur dann bedürfen, wenn ein Richter erklärte, daß er sich des früher Verhandelten nicht mehr erinnere.

Ebenso wie im Fall eines Wechsels im Richterpersonale (unten Nr. X).

Man redet von einem Prinzip der „Einheit", der „Unteilbarkeit" der mündlichen Verhandlung, kraft dessen in jedem Termine die ganze Sache zur Verhandlung komme.[6]) Praktisch ist die Meinungsverschiedenheit von keiner großen Bedeutung, da auch die Vertreter des Einheitsprinzipes zugeben, daß eine bloße Bezugnahme auf die frühere Verhandlung genüge, und daß die in der früheren Verhandlung abgegebenen bindenden Erklärungen (wie gerichtliche Geständnisse, bindende Eideserklärungen) ihre Geltung behalten.

X. Aus dem Prinzipe der Mündlichkeit ergibt sich eine wichtige Folge für die Besetzung des Gerichtes. Soll nämlich das Gericht unmittelbar auf Grund der mündlichen Verhandlung (also auf Grund persönlicher Erinnerung der Richter) entscheiden, so können bei der Fällung des Urteiles nur dieselben Richter mitwirken, welche der ihm zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. ZPO. § 309. Findet also ein Wechsel im Richterpersonale statt, so muß das früher Verhandelte vor dem neubesetzten Gerichte wiederholt werden.

XI. Die geschäftliche Leitung der Verhandlung ist Sache des Vorsitzenden.

Er eröffnet denn auch und schließt (vgl. dazu oben § 40 V) die mündliche Verhandlung. — Er erteilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen. Er hat dafür zu sorgen, daß die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde. ZPO. § 136.

Wie sich in der mündlichen Verhandlung die materielle Prozeßleitung betätigt, wurde schon (in § 40) erörtert.

§ 49.

Vorbereitung der mündlichen Verhandlung.[1])

I. Nicht immer ist die Partei, und noch viel weniger ihr Anwalt, in der Lage, unvorbereitet sofort auf das Vorbringen des Gegners zu antworten. Und auch das Gericht, in erster Linie sein Vorsitzender, wird

[6]) S. die Nachweisungen z. B. bei Seuffert zu § 128 Nr. 3. Vgl. auch ERG. Bd. 14 S. 344. Dagegen besonders Wach, Vorträge S. 8 ff. Enquete S. 89 ff. Schmidt S. 367. Gaupp-Stein zu ZPO. § 128 IV 2.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 129 ff. Planck I S. 427 ff. Schmidt § 75.

in der mündlichen Verhandlung besser seines Prozeßleitungsamtes walten können, wenn es schon vorher über ihren wesentlichen Inhalt unterrichtet ist.

Es ist dann besser im stande, die Verhandlung zweckmäßig zu lenken und zu beschränken, Unerhebliches abzuschneiden, das Fragerecht in geeigneter Weise auszuüben, auf dem kürzesten Wege die Sache zur Entscheidungsreife zu bringen.

Daher sieht das Gesetz, zum Zwecke der Vorbereitung der Parteien wie des Gerichtes, einen sogen. „vorbereitenden Schriftenwechsel" vor. Für den Anwaltsprozeß wird er gefordert, für den Parteiprozeß zugelassen. ZPO. § 129, vgl. § 502.

II. Er vollzieht sich in der Weise, daß die Parteien vorbereitende Schriftsätze, mit dem im § 130 ZPO. bezeichneten Inhalt, sich wechselseitig zustellen und für das Gericht bestimmte Abschriften auf der Gerichtschreiberei niederlegen. ZPO. § 133.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen den Rechtsstreit kenntlich machen, auf den sie sich beziehen, indem sie bezeichnen: die Parteien und ihre gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung — das Prozeßgericht — den Streitgegenstand; sie sollen ferner die Zahl der Anlagen (Urkunden oder Rechnungen, Risse, Pläne, Kostenanschläge, Stammbäume u. s. w.) angeben; sollen ersichtlich machen — und zwar durch Unterschrift — von wem sie ausgehen; in Anwaltsprozessen ist also die Unterschrift des prozeßbevollmächtigten Anwalts erforderlich, sonst die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt. Im übrigen ergibt sich der Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze aus ihrem Zweck, die mündliche Verhandlung nach ihrem verschiedenartigen Inhalt vorzubereiten; sie sollen hienach enthalten: die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt — die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse — die Erklärung über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners — die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel.

Dem Zwecke des vorbereitenden Schriftenwechsels entspricht nicht eine ausführliche, sondern gedrängte, übersichtliche, auf das Wesentliche beschränkte Darstellung der Tatsachen; Rechtsausführungen sind nicht ausgeschlossen, bei streitigen und zweifelhaften Rechtsfragen sogar angemessen.

Wie das Gericht die niedergelegten Schriftsätze zu benutzen habe, darüber gibt das Gesetz keine Vorschriften und die Praxis ist verschieden:[1]) bei manchen Gerichten werden sie nur von dem Vorsitzenden gelesen, bei anderen auch noch von einem der Beisitzer, der im voraus zur Abfassung des Urteiles bestimmt ist (dem sogen. Referenten, der auch wohl schon vor der Verhandlung dem Vorsitzenden oder auch den übrigen Gerichtsmitgliedern einen kurzen Bericht unter Hervorhebung der rechtlichen Gesichtspunkte erstattet) oder sogar von allen Richtern, bei manchen Gerichten endlich (im ehemals französisch-rechtlichen Gebiete) liest sie keiner, auch der Vorsitzende nicht (was gewiß nicht im Sinne der ZPO. ist), damit das Gericht gänzlich unbefangen in die mündliche Verhandlung eintrete und lediglich auf Grund dieser sich sein Urteil bilde.

---

[1]) Wach, Enquete S. 46 ff.

Zugestellt wird dem Gegner (nach ZPO. § 170) eine Abschrift des vorbereitenden Schriftsatzes und der Anlagen; die Urschrift erhält die Partei nach der Zustellung zurück (ZPO. §§ 169, 190).

III. Eine Reihe von Vorschriften gilt speziell der Vorbereitung des Urkundenbeweises (§§. 131, 134, 135).

Dem vorbereitenden Schriftsatze sind die darin in Bezug genommenen Urkunden, die sich in den Händen der Partei befinden, beizufügen, damit der Gegner seine Erklärung über ihren Inhalt vorbereiten kann; und zwar entweder in Urschrift oder in Abschrift. (Gemeint ist die Beifügung zur Urschrift des Schriftsatzes, vgl. oben unter II.) Doch genügt, wenn es nur auf einzelne Teile der Urkunde ankommt, ein bloßer Auszug, der den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält; es genügt sogar, wenn die Urkunde dem Gegner bereits bekannt oder, wenn sie von bedeutendem Umfange ist, eine — hinreichend genaue — Bezeichnung der Urkunde, mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren. Abschrift der Urkunden ist mit dem Schriftsatz auch für das Gericht auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Weiterhin ist aber auch die Partei auf rechtzeitige Aufforderung des Gegners verpflichtet, die Urschrift der Urkunde vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen, damit sich dieser über ihre Echtheit und Unverfälschtheit informieren kann. Der Gegner hat dann zur Einsicht der Urkunde drei Tage Zeit. (Diese Frist kann vom Vorsitzenden auf Antrag des Urkundeninhabers abgekürzt oder auf Antrag des Gegners verlängert werden, § 184.) Sind beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten, so steht diesen eine bequemere Weise der Mitteilung frei: sie können sich nämlich die Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung übergeben, § 135. (Inwieweit der Anwalt dabei seiner Partei für Verlust oder Beschädigung der Urkunde hafte, namentlich in dem Falle, daß er sie gegen den Willen der Partei dem gegnerischen Anwalt ausgehändigt, beurteilt sich nach bürgerlichem Rechte.)

Gibt ein Rechtsanwalt die ihm nach § 135[1] zur Einsicht übergebene Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag (durch ein — mit der sofortigen Beschwerde anfechtbares — Zwischenurteil) zur unverzüglichen Rückgabe zu verurteilen. (Das Verfahren ist Zwischenstreit einer Partei mit einem dritten und zwar — ausnahmsweise — mit obligatorischer mündlicher Verhandlung, vgl. unten § 82.)

IV. Die Klage im landgerichtlichen Verfahren soll zugleich als vorbereitender Schriftsatz dienen, also den Erfordernissen eines solchen entsprechen. ZPO. § 253[3]. Doch ist dadurch die Gültigkeit der Klagerhebung als solcher nicht bedingt.

Die Rechtshängigkeit mit ihren Folgen (vgl. unten § 88) tritt ein, wenn nur die Klagschrift die nach § 253[2] wesentlichen Bestandteile einer Klage enthält, sollte sie auch den Vorschriften über den Inhalt vorbereitender Schriftsätze nicht genügen.

Über das Zeitverhältnis des vorbereitenden Schriftenwechsels zur mündlichen Verhandlung (§§ 132, 133[2]) vgl. unten in der Lehre von den Fristen § 70.

V. Die Nichtbeachtung der für die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Anwaltsprozeß gegebenen Vorschriften hat für die Partei Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge. ZPO. § 129[1].

Es kann aber wegen mangelhafter Vorbereitung auf Antrag des Gegners (ja auch von Amts wegen, ZPO. § 225, was allerdings nicht unbestritten) das Gericht

Vertagung oder Fortsetzung der Verhandlung in einem neuen Termine anordnen,[3]) und der Gegner hat dann, wenn ihn ein Verschulden trifft, nach ZPO. § 95 die dadurch verursachten Kosten zu tragen, auch kann ihm das Gericht von Amts wegen auf Grund des § 48 GKG. eine Prozeßstrafe in Gestalt einer besonderen Gebühr (einer vollen Gebühr oder eines Bruchteiles) auferlegen. (Vgl. hiezu unten § 85.)

Von besonderer Bedeutung wird die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im Versäumnisfall: der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist nach ZPO. § 335[3] zurückzuweisen, wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war. (Vgl. unten § 93.)

VI. Die vorbereitenden Schriftsätze dienen ihrem Wesen nach nur zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung — die Grundlage des Urteiles wird (vgl. oben §§ 47, 48) erst durch diese selber hergestellt: eine im vorbereitenden Schriftenwechsel enthaltene Erklärung, die in der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen worden ist, darf im Urteil nicht berücksichtigt werden.

Wohl kann der Richter fragen, wenn eine wesentliche Erklärung, die in einem vorbereitenden Schriftsatz enthalten ist, in der mündlichen Verhandlung übergangen wird. ZPO. § 139.

In einem vorbereitenden Schriftsatze können aber von einer Partei gegenüber der anderen zivilrechtlich wirksame Erklärungen abgegeben werden — wie z. B. ein Verzicht, eine Anfechtung, eine Aufrechnung.[4]) Es kann freilich auch sein, daß eine derartige Erklärung im vorbereitenden Schriftsatze nur für die mündliche Verhandlung angekündigt, nicht gleich jetzt vollzogen werden soll. Nach anderer Meinung ist die Aufrechnungserklärung, die in einem vorbereitenden Schriftsatze enthalten ist, immer in diesem Sinne zu verstehen.[5])

Eigentümlicher Art ist die Bestimmung des § 423 ZPO., wonach die Pflicht einer Partei, eine Urkunde vorzulegen, auf die sie sich im Prozeß zum Zwecke der Beweisführung bezogen hat, schon dann entsteht, wenn auf die Urkunde auch nur in einem vorbereitenden Schriftsatze Bezug genommen ist.

Mittelbar dient der vorbereitende Schriftenwechsel aber auch der Beurkundung des Prozeßstoffes. ZPO. §§ 313[2], 509, s. auch § 298 (worüber unten § 50).

§ 50.

Beurkundung des Prozeßstoffes.[1])

Die Schriftlichkeit des Verfahrens bringt von selbst die Beurkundung des gesamten Prozeßstoffes mit sich. Sofern das Verfahren aber ein mündliches, erhebt sich die Frage, inwieweit der Prozeßstoff zu beurkunden sei. Und zwar ist das von Bedeutung sowohl für die Fällung des Urteils wie für seine Nachprüfung.

---

[3]) ERG. Bd. 36 Nr. 101.

[4]) Weismann, Z. Bd. 26 S. 19. So auch ERG. Bd. 53 Nr. 36.

[5]) So besonders Kohler, Z. Bd. 24 S. 18. Wach, Z. Bd. 27 S. 15 f.

[1]) Komment. besonders zu §§ 159 ff. Planck § 32 III, IV. Schmidt § 55. H. Meyer, Protokoll und Urteil (1885). Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden S. 68 ff.

Nach der Zivilprozeßordnung dienen der Beurkundung des Prozeßstoffes: das Protokoll, der Urteilstatbestand, mittelbar auch die vorbereitenden Schriftsätze.

I. Der Beurkundung des Prozeßstoffes dient das Protokoll — die gerichtliche Urkunde über gerichtliche Prozeßvorgänge, ausgestellt vom Vorsitzenden (vom Amtsrichter im amtsgerichtlichen Verfahren) und dem Gerichtsschreiber. ZPO. §§ 159, 162.

Von der Form und dem sonstigen Inhalt desselben wird noch unten (§ 87) die Rede sein. — Der Aufnahme in das Protokoll steht gleich die Aufnahme in eine schriftliche Anlage, die als solche im Protokoll bezeichnet ist. ZPO. § 160[3].

Aber nicht ist die Protokollierung des gesamten Prozeßstoffes vorgeschrieben. Nur der Gang der Verhandlung im allgemeinen, nicht ihr ganzer Inhalt, ist im Protokolle anzugeben. Es sind bloß bestimmte Parteierklärungen, die durch Aufnahme in das Protokoll — und zwar von Amts wegen — festzustellen sind.

1. Zu protokollieren sind 1) solche Erklärungen, die unmittelbar den erhobenen Anspruch — ganz oder teilweise — erledigen: Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche. ZPO. § 160[3] Nr. 1.

2) Was Anträge und sonstige Parteierklärungen (§ 160[3] Nr. 2) angeht, so sind die Vorschriften des Gesetzes verschieden für das amtsgerichtliche Verfahren und für das landgerichtliche. Die Verschiedenheit erklärt sich leicht daraus, daß im amtsgerichtlichen Verfahren ein vorbereitender Schriftenwechsel nicht erforderlich, die Parteien auch nicht notwendig durch Anwälte vertreten und dafür auf die Unterstützung des Richters angewiesen sind.

a. Im landgerichtlichen Verfahren ist durch eine Formvorschrift zugleich für die Beurkundung der Anträge gesorgt: sie sind zu verlesen (§ 297), und zwar, soweit sie in vorbereitenden Schriftsätzen enthalten sind, aus diesen, soweit dies nicht der Fall, aus besonderen Schriftsätzen, die dem Protokoll als Anlagen beizufügen sind. (Es kann sein: vorbereitende Schriftsätze sind überhaupt nicht gewechselt — oder die Anträge sind nicht in solchen enthalten — oder sie weichen von früher verlesenen, in für den Gegenstand der Entscheidung wesentlichen, Punkten ab.)

Die Verlesung ist die wesentliche Form der Antragstellung. (Sie ist denn auch als zu den Förmlichkeiten des Verfahrens gehörig, ZPO. § 164, im Protokoll zu beurkunden.) Ist die Formvorschrift des § 297 nicht eingehalten, so ist der Antrag unbeachtlich. § 297[4].[2])

Auf diese Weise ist die Übereinstimmung der in der mündlichen Verhandlung gestellten mit den schriftlichen Anträgen und damit ihre Beurkundung gesichert.

b. Im landgerichtlichen Verfahren kann aber jede Partei die Beurkundung auch anderer Parteierklärungen herbeiführen; in der Weise nämlich, daß sie dieselben in einem Schriftsatze fixiert, der dann, auf ihren Antrag, als Anlage dem Protokolle beigefügt wird. ZPO. § 298.

In solcher Weise müssen, auf Antrag, unbedingt festgestellt werden: Geständnisse, sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide (also bindende Parteierklärungen, deren Beweis sonst, namentlich bei einem Wechsel in der Besetzung des Gerichtes, Schwierigkeiten machen könnte).

---

[2]) Die Vorschrift gilt nicht für Anträge, die nur auf Abweisung des gegnerischen Antrages gerichtet sind, und nicht auf Anträge, die nur auf das Verfahren Bezug haben (wie z. B. Vertagungsanträge).

Ebenso sind auf Antrag festzustellen irgendwelche tatsächliche Behauptungen, die nicht in vorbereitenden Schriftsätzen enthalten sind oder von deren Inhalt abweichen, vorausgesetzt nur, daß die Behauptung oder Abweichung eine wesentliche ist, worüber das Gericht nach freiem Ermessen befindet. (Die Abweichungen können in Zusätzen oder Weglassungen bestehen oder in sonstigen Abänderungen.)

Die Anträge können in jedem Falle sowohl von der Partei ausgehen, welche die Erklärung abgibt, wie von dem Gegner.

c. Im amtsgerichtlichen Verfahren (ZPO. § 509) müssen durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll und zwar von Amts wegen festgestellt werden: die Anträge und die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide; doch genügt anstatt der Protokollierung die Bezugnahme auf den Inhalt eines vorbereitenden Schriftsatzes.

Sonstige Parteierklärungen, insbesondere auch Geständnisse, werden nur insoweit protokolliert, als der Amtsrichter es für angemessen erachtet. Die Protokollierung erfolgt aber erst am Schlusse der mündlichen Verhandlung, und zwar des einzelnen Verhandlungstermines. (Nicht erst, wie der ursprüngliche § 470 ZPO. bestimmte, am Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil oder ein Beweisbeschluß ergeht.)

3) Bezüglich der Beweisaufnahme sind die Vorschriften des Gesetzes wiederum für beide Arten des Verfahrens gemeinsam.

Die Protokollierung ist vorgeschrieben:

a) für das Ergebnis eines Augenscheines, § 160[2] Nr. 4 (woraus dann folgt, daß dasselbe vom Richter sogleich kundgegeben, wenn auch nicht notwendig diktiert, werden muß);

b) für die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen, sofern sie nicht schon bei einer früheren Vernehmung protokolliert sind; insbesondere bedarf es also auch der Protokollierung, sofern sie von früher gemachten Aussagen abweichen. § 160[2] Nr. 3. Die Protokollierung kann jedoch unterbleiben, wenn die Vernehmung unmittelbar vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. Nicht unterbleiben darf sie also in der ersten Instanz und nicht bei Vernehmung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. In der Rechtsmittelinstanz kann (nicht: muß) sie unterbleiben; sie empfiehlt sich auch hier jedenfalls, wenn die Sache nicht gleich zur Entscheidung reif ist — schon mit Rücksicht auf einen möglichen Richterwechsel.

2. Eine besondere Garantie für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolles verlangt das Gesetz (§ 162) hinsichtlich der Beurkundung des Prozeßstoffes (der Parteianträge und sonstigen Parteierklärungen, des Ergebnisses der Beweisaufnahme, § 160 Nr. 1—4): das Protokoll ist nämlich insoweit den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen.

„Beteiligt" ist die Partei, von der der Antrag, die Erklärung ausgeht, der Zeuge, Sachverständige, dessen Aussage protokolliert ist. In jedem Falle sind aber bei einer Beweisaufnahme als beteiligt auch die Parteien anzusehen.

Im Protokoll ist zu bemerken, daß die Verlesung geschehen und daß die Genehmigung erfolgt oder welche Einwendungen dagegen erhoben sind. Die Einwendung einer Partei kann zur nochmaligen Befragung eines Zeugen oder Sachverständigen führen. — Maßgebend ist in jedem Falle die Überzeugung des Gerichtes.

3. Bei einem Wechsel in der Besetzung des Gerichtes ist eine Wiederholung der Beweisaufnahmen (deren Ergebnis protokolliert ist) nicht notwendig — es kann auf Grund des Protokolles über ihr Ergebnis geurteilt werden (das Protokoll ist dann von den Parteien vorzutragen, ZPO. § 285[2], vgl. oben § 48 VII).[3])

[3]) ERG. Bd. 6 S. 194; ist das Ergebnis nicht protokolliert, so muß die Beweisaufnahme wiederholt werden. ERG. Bd. 14 Nr. 107, 108, Bd. 17 Nr. 85.

4. Nach der Bedeutung, die hienach dem Protokolle zukommt, erscheint das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme erheblich abgeschwächt.[4])

II. Der Beurkundung des Prozeßstoffes dient ferner der Urteilstatbestand, „die gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes", die einen wesentlichen Bestandteil des Urteiles selber bildet. ZPO. § 313 Nr 3 (darüber s. unten § 58).

Soweit also der Inhalt der mündlichen Verhandlung nicht zu Protokoll festgestellt ist, wird er einzig und allein durch den Urteilstatbestand beurkundet. Im Tatbestand kann auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen Bezug genommen werden. (Im Tatbestand ist anderseits der wesentliche Inhalt der nach § 161 nicht protokollierten Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen festzustellen.)

III. Wo sich Tatbestand und Protokoll widersprechen, ist das Protokoll maßgebend. ZPO. § 314.

Die Parteien können sich also im landgerichtlichen Verfahren mit Hilfe von gemäß ZPO. § 298 als Protokollanlagen überreichten Schriftsätzen gegen unrichtige oder unvollständige Beurkundung im Tatbestande schützen.

Nur durch den Tatbestand können auch solche Parteierklärungen bewiesen werden (z. B. Verzichte), deren Protokollierung vorgeschrieben, aber aus Versehen unterblieben ist. Darin liegt kein Widerspruch mit dem Protokoll; denn nur bezüglich der Förmlichkeiten des Verfahrens ist vorgeschrieben (§ 164), daß sie nicht anders als durch das Sitzungsprotokoll bewiesen werden können. Dagegen können die Feststellungen des Protokolls über das Ergebnis einer Beweisaufnahme (das Ergebnis eines Augenscheins, die Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen) nicht im Tatbestand aus der eigenen Erinnerung ergänzt werden, denn die Protokollierung muß eine vollständige sein.

IV. Sofern im Protokoll (s. oben I) oder sofern im Tatbestand (§ 313[2], s. unten § 58) auf den Inhalt vorbereitender Schriftsätze Bezug genommen wird, dienen mittelbar auch diese der Beurkundung des Prozeßstoffes.

§ 51.

Reihenfolge der Stofffammlung.[1])

I. Die Reihenfolge der Handlungen, welche die Herstellung der Entscheidungsgrundlage bezwecken, ist zum Teil schon durch ihr logisches Verhältnis gegeben. Es ist klar, daß, wenn nur bestrittene tatsächliche Behauptungen Gegenstand eines Beweises sein können, und wenn das Gericht nur solche Beweismittel benutzen darf, welche die Parteien bezeichnet haben, einer Beweisaufnahme die Behauptung einer Tatsache durch eine der Parteien, sodann die Bestreitung dieser Tatsache durch den Gegner und weiterhin eine Beweisantretung vorausgehen muß. Für die Reihenfolge aber der Parteibehauptungen ergibt sich von selbst, daß die

[4]) Denn nur das Protokollierte ist für die Entscheidung maßgebend. ERG. Bd. 13 Nr. 116.

[1]) Planck § 82. Schmidt § 61. Zu II.: H. Meyer, Z. Bd. 23 S. 32 ff.

Bestreitung der klagbegründenden Tatsachen ihre Behauptung durch den Kläger, die Erhebung eines Einwandes gegen einen Anspruch die Geltendmachung dieses Anspruches, ebenso die Bestreitung eines Einwandes oder seine Bekämpfung durch eine Replik die Erhebung dieses Einwandes voraussetzt; eine Beweiseinrede ist nur gegenüber einer Beweisantretung des Gegners denkbar, die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides nur gegenüber einer Eideszuschiebung. Keine Verteidigung ohne Angriff und kein Gegenangriff ohne Verteidigung.

Selbstverständlich kann der Kläger einen *erwarteten* Einwand im voraus bestreiten oder eine Replik dagegen vorbringen, ebenso der Beklagte eine erwartete Replik im voraus bekämpfen, und es kann jede Partei für eine Behauptung gleich von vornherein den Beweis antreten, in Erwartung, daß sie der Gegner bestreiten werde u. s. w. Allein solche „antizipierte" Erklärungen, wie die gemeinrechtliche Jurisprudenz sie bezeichnete, gewinnen eben nur Bedeutung, wenn der Gegner sich wirklich in der erwarteten Weise verhält. Dann aber wäre es ein zweckloser Formalismus, die ausdrückliche Wiederholung der schon abgegebenen Erklärung zu verlangen; es genügt, wenn darauf stillschweigend Bezug genommen wird.

II. Es kann nun aber sein, daß einer Partei zur Erreichung *desselben* nächsten Prozeßzweckes *mehrere* Handlungen zu Gebote stehen, die also zueinander — nicht im Bedingungs-, sondern — im *Konkurrenzverhältnis* stehen. Der Kläger kann seinen Anspruch auf mehrere Klaggründe stützen, der Beklagte kann mehrere Einwendungen vorbringen und er kann auch zugleich den Klaggrund bestreiten; in analoger Weise kann sich der Kläger gegenüber den Einwendungen des Beklagten verhalten; der Kläger sowohl wie der Beklagte können in der Lage sein, für verschiedene selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel Beweis anzutreten, Gegenbeweis anzubieten, Beweiseinreden gegen Beweismittel des Gegners vorzubringen.

Es könnte allerdings scheinen, als müßten Bestreitung des Klaggrundes und Einwendungen einander ausschließen; und unter materiellrechtlichem Gesichtspunkte kommt in der Tat ein Einwand nur in Betracht, wenn ein Anspruch an sich begründet ist. Anders aber vom praktisch-prozessualen Standpunkte aus; man kann z. B. eine Forderung erfüllt haben, obwohl man sie für unbegründet hielt, der Gläubiger kann zur größeren Sicherheit des Schuldners ausdrücklich auf eine unbegründete Forderung verzichtet haben, für den Fall, daß sie doch begründet sein sollte; der Erbe kann bestreiten, daß eine Forderung gegen seinen Erblasser entstanden sei, und der Überzeugung sein, daß sein Erblasser sie jedenfalls schon erfüllt haben würde, wenn sie begründet gewesen sein sollte; es kann die Entstehung eines Anspruches bestritten und zugleich geltend gemacht werden, daß er jedenfalls verjährt sein würde u. s. w.

Die Frage ist nun, wie solche demselben nächsten Prozeßzwecke dienende Akte, solche „konkurrierende Rechtsbehelfe" zu behandeln seien. Da es genügt, wenn auch nur einer von ihnen sich als erfolgreich erweist, so scheint es das Natürliche, daß sie *nacheinander* — immer der folgende erst, wenn der vorhergehende fehlgeschlagen — geltend zu machen seien. Aber mit der *völlig unbeschränkten* Zulassung nachträglichen Vorbringens

ist die Gefahr unerträglicher Prozeßverschleppung verbunden, weniger von seiten des Klägers, der regelmäßig an einer möglichst schleunigen Erledigung des Prozesses interessiert ist, als von seiten eines böswilligen oder fahrlässigen Beklagten, der durch die Geltendmachung immer neuer Verteidigungsmittel den Prozeß ins Endlose hinausziehen könnte.

III. Besonders groß ist diese Gefahr bei einem schriftlichen, in einseitigen Parteischriftsätzen sich langsam fortbewegenden Verfahren. Ihr zu begegnen, den Prozeß möglichst zusammenzudrängen und damit abzukürzen, hatte das gemeine Prozeßrecht ein eigentümliches Mittel zwar nicht erfunden, aber weit hinaus über das beschränkte Anwendungsgebiet, das es schon im kanonischen Rechte hatte, auf allen Stufen des Verfahrens durchgeführt: die sogen. Eventualmaxime. Darunter versteht man den Grundsatz, daß die Parteien ihre demselben nächsten Prozeßzweck dienenden Rechtsbehelfe alle auf einmal vorzubringen haben, also immer das folgende nur „in eventum", nämlich für den Fall, daß das vorangehende keinen Erfolg haben sollte.[2])

Das kanonische Prozeßrecht, c. 4 X de except. 2, 25 (es mag dahingestellt bleiben, ob der Gedanke aus dem italienischen Territorialprozeß übernommen oder von diesem dem kanonischen Prozeß entlehnt ist), hatte zunächst nur bestimmt, daß der Beklagte innerhalb einer vom Richter zu bestimmenden Frist (vor der Litiskontestation) alle seine dilatorischen Einreden (zu denen auch namentlich die Prozeßeinreden gerechnet wurden) vorzubringen habe. Es konnte aber, nach der Praxis, der Richter auch für das Vorbringen der peremtorischen Einreden (nach der Litiskontestation) eine peremtorische Frist bestimmen. Darüber hinaus gingen die Reichskammergerichtsordnungen schon seit 1521, indem sie dem Beklagten vorschrieben, mit der Beantwortung der Klagtatsachen seine peremtorischen Einreden zu kumulieren, und in analoger Weise durchweg die Verbindung selbständiger Angriffs- oder Verteidigungsmittel mit der Erklärung auf das Vorbringen des Gegners verlangten. Der Jüngste Reichsabschied von 1654 endlich schrieb vor, zunächst (§ 34), daß der Kläger seine Klage nicht Artikels- sondern „Summarischer" Weise abfassen und darin gleich das „Factum kurtz und nervose, jedoch deutlich und distincte klar" ausführen solle mit der Bitte, den Gegner — nicht bloß zu laden, sondern auch — zu verurteilen (während früher in der Klage nur der erhobene Anspruch bestimmt genug anzugeben, und erst nach der Litiskontestation der Klaggrund in seinen einzelnen tatsächlichen Elementen „artikelsweise" darzulegen war), dann aber auch (§ 37), daß „dergleich" der Beklagte auf die Klage „kurtz nervose und deutlich auch unterschiedlich und klar, ob und worin das factum anders als vom Kläger vorbracht und wie es sich eigentlich verhalte — anzeigen, wie auch, was er dabei dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal bei Straf der Präklusion einbringen" solle; in entsprechender Weise soll sich der Kläger in seiner Replik, der Beklagte in seiner Duplik verhalten (§§ 45, 48). Aus diesen Bestimmungen entwickelte die Jurisprudenz die Eventualmaxime als allgemeines Prozeßprinzip, das nun auch in der gemeinrechtlichen Praxis auf allen Stufen des Verfahrens (und so auch für Beweis- und Gegenbeweisantretung) durchgeführt wurde.

Rechtsbehelfe, die entgegen der Eventualmaxime nicht gleichzeitig mit anderen vorgebracht sind, werden auf Antrag des Gegners präkludiert;

[2]) Wetzell § 71.

doch können sie auch nachträglich noch geltend gemacht werden, wenn sie erst später entstanden sind, oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie erst später Kenntnis davon erhalten habe (vgl. c. 4 X. de except. cit.).

Aus der Zusammendrängung des Prozeßstoffes entsteht nun aber die neue Gefahr, daß er verwirrt und unübersichtlich werde, und so ist das gemeine Prozeßrecht in seiner späteren Entwicklung zu einer *Scheidung* des Prozeßstoffes, jedoch unter völlig anderem Gesichtspunkte, gelangt: nicht nach dem inneren Verhältnis der Rechtsbehelfe, ihrer gegenseitigen Richtung und logischen Folge, sondern nach der *verschiedenen Art der Prozeßtätigkeit*. Es scheidet nämlich — seit dem 18. Jahrhundert, und zwar nach dem Vorbild des *sächsischen* Prozesses — vollständig die Parteibehauptungen und die Beweise. Zur Beweisantretung kommt es erst, nachdem die Parteibehauptungen vollständig erschöpft sind, das Stadium der Behauptungen, das „erste Verfahren", „Hauptverfahren" vollständig abgeschlossen ist. Abgeschlossen aber wird es durch das *Beweisurteil*, oder wie es später gewöhnlich genannt wurde, Beweisinterlokut.[3]) Durch dieses wird in bindender Weise festgestellt, welche *Tatsachen* im einzelnen und von welcher *Partei* sie zu beweisen seien: der Ausgang des Prozesses hängt jetzt lediglich davon ab, inwieweit die auferlegten Beweise geführt werden oder nicht; das Beweisinterlokut entscheidet also in bedingter Weise bereits endgültig den ganzen Prozeß, es ist seinem Wesen nach ein *bedingtes Endurteil*. Zum Beweisverfahren, zunächst also zur Antretung der Beweise, kommt es erst, nachdem das Beweisurteil formell rechtskräftig geworden ist.

Natürlich muß also auch das Verhältnis der Beweise zueinander, ob kumulativ, ob alternativ, ob eventuell (d. h. ob mehrere Beweise von derselben Partei zu führen sind, oder ob einer genügt, ob es auf einen Beweis nur ankommt, wenn ein anderer geführt ist), im Beweisinterlokut zum Ausdruck gebracht sein. Bei umfangreichem und verwickeltem Prozeßstoff war denn auch der Bau eines korrekten Beweisinterlokutes keine leichte Aufgabe; nicht selten wurde durch alle Instanzen hindurch darüber gestritten, ob in einem Beweissatze ein „und" oder ob ein „oder" zu setzen sei, und in der Tat konnte davon Gewinn und Verlust des Prozesses abhängen.

Dies ist das System, welches man als das der *Beweistrennung* bezeichnet (im Gegensatze zum System der *Beweisverbindung*).

Dem römischen wie dem kanonischen und ebenso dem älteren gemeinrechtlichen Prozesse ist es fremd und ist dem reichskammergerichtlichen Prozesse stets fremd geblieben. In diesem wie auch dem älteren gemeinrechtlichen Prozesse führt die Bestreitung einer relevanten tatsächlichen Behauptung gleich zur Beweisantretung und diese zur Beweisaufnahme; unabhängig von dieser nehmen die Parteibehauptungen ihren Fortgang. Zuerst hat der *sächsische* Prozeß die Beweistrennung durchgeführt und aus ihm ist sie von der gemeinrechtlichen Praxis übernommen. Aller Wahrscheinlichkeit nach steht sie mit der Ausbildung der Eventualmaxime in innerem Zusammenhang. Ob

[3]) *Wetzell* § 71 N. 41 ff. *W. Endemann*, Die Entwicklung des Beweisverfahrens im deutschen Zivilprozeß seit 1495 (1895).

und inwieweit ein Zusammenhang mit dem mittelalterlichen deutschen Prozeßrecht besteht, ist zweifelhaft. Allerdings wird im mittelalterlichen deutschen Prozeß auf Beweis durch Urteil erkannt, wie sich überhaupt hier das ganze Verfahren in Urteilen fortbewegt; aber das Charakteristische des Beweisurteiles ist doch, daß es die zu führenden Beweise sämtlich umfaßt; auch verteilt es die Beweislast, während im mittelalterlichen deutschen Prozeß die Frage immer die ist, wer für die einzelne Rechtsbehauptung der nähere zum Beweise ist.

Die Eventualmaxime hat sich im schriftlichen Verfahren entwickelt; für ein mündliches Verfahren ist sie kein Bedürfnis, ja nicht einmal zweckmäßig; ihre Befolgung wäre hier nicht immer leicht zu kontrollieren, und was die Hauptsache ist, sie würde die Lebendigkeit und Beweglichkeit der mündlichen Verhandlung beeinträchtigen.

IV. Die Zivilprozeßordnung[4]) gestattet den Parteien, nach ihrem eigenen Belieben ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel gleichzeitig oder nacheinander geltend zu machen. Behauptungen und Beweise sind nicht in besonderen Prozeßstadien voneinander geschieden. Die Beweisantretungen bilden einen Teil der mündlichen Verhandlung. In welchem Verhältnis sie zu den tatsächlichen Behauptungen vorgebracht werden, steht im Ermessen der Parteien und des Gerichtes. Die Parteien können ihre Beweise im Zusammenhang mit ihren tatsächlichen Erklärungen antreten, sie können auch erst ihre tatsächlichen Behauptungen erschöpfend vorbringen und dann erst zu den Beweisantretungen übergehen. Das Gericht kann kraft seiner Prozeßleitungsbefugnis das eine oder das andere Verfahren anordnen. Immer wieder aber können, auch nach einer Beweisaufnahme, die Parteien mit neuen tatsächlichen Behauptungen, und sie können immer wieder mit neuen Beweisantretungen hervortreten.

1. Es gibt nur eine Präklusion: die durch das Urteil; erst das Urteil schneidet, durch seine bindende Kraft, naturgemäß alles weitere Parteivorbringen ab, welches auf den durch das Urteil erledigten Gegenstand Bezug hat. Es können also — aber es müssen auch — Angriffs- und Verteidigungsmittel, ebenso Beweismittel und Beweiseinreden vorgebracht werden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, denn nur in mündlicher Verhandlung können sie wirksam geltend gemacht werden. ZPO. §§ 278, 283.

Es kann also einer Partei ein beabsichtigtes Vorbringen dadurch unmöglich werden, daß das Urteil früher als sie annahm erfolgte, weil das Gericht die Sache bereits zur Entscheidung reif fand.

Ungenau ist es, wenn § 278 unter den Beispielen der „Angriffs- und Verteidigungsmittel" auch die Widerklage aufführt; die Klage ist Angriff, nicht Angriffsmittel; Angriffsmittel ist ein Mittel zur Durchführung des Angriffs. Es soll nur auch für die Widerklage die Bestimmung gelten, daß sie erhoben werden könne bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht.

Nicht können die Parteien die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung fordern zu dem Zwecke, um Behauptungen oder Beweis-

---

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 282, 283, 278, 279.

mittel vorzubringen. Und das Gericht kann von Amts wegen die Wiedereröffnung der Verhandlung nur aus einem dieſer ſelbſt entnommenen Grunde anordnen.

Iſt freilich die Verhandlung wiedereröffnet, ſo iſt auch wieder neues Vorbringen unbeſchränkt zuläſſig; ſ. oben § 40 V.

Wenn ſich alſo die Verhandlung durch mehrere Termine hindurch fortſetzt, ſo iſt neues Vorbringen erſt mit dem Schluſſe des letzten Verhandlungstermines präkludiert; der Stand der Sache am Schluſſe des letzten Verhandlungstermines iſt für die Entſcheidung maßgebend: die Verhandlungen der mehreren Termine bilden zuſammen ein Ganzes. Man kann in dieſem Sinne von einer Einheit der Verhandlung reden. Die in einem früheren Termine abgegebenen bindenden Erklärungen behalten ihre Geltung.

Insbeſondere: gerichtliche Geſtändniſſe, Annahme, Zurückſchiebung eines Eides. Auch aus dieſem Grunde iſt die Anſchauung nicht zutreffend (vgl. oben § 48 IX), als werde prinzipiell in jedem Termine die Sache von neuem verhandelt.

In einem anderen Sinne redet man von einem Prinzipe der Einheitlichkeit der Verhandlung, um zu erklären, daß es für die Erlaſſung eines Verſäumnisurteiles nicht darauf ankomme, ob der erſte Termin zur mündlichen Verhandlung verſäumt ſei oder ein ſpäterer (ZPO. § 332). Hier bedeutet der Ausdruck, daß es eben nur auf den letzten — den dem Urteil unmittelbar vorausgehenden — Termin ankomme; vgl. dazu unten § 93.

Was aber von der ausſchließenden Kraft des Urteils geſagt wurde, gilt nicht bloß von den Endurteilen, insbeſondere den Teilurteilen, ſondern auch von den Zwiſchenurteilen jeder Art (§§ 300—305): worüber durch Teilurteil oder Zwiſchenurteil entſchieden iſt, das iſt für dieſe Inſtanz erledigt (§ 318) und es können darauf bezügliche Rechtsbehelfe in dieſer Inſtanz nicht mehr geltend gemacht werden; vgl. dazu unten §§ 57, 79.

Das Urteil ſchließt unbedingt neues Vorbringen nur für dieſe Inſtanz aus. In der Berufungsinſtanz können neue Tatſachen und neue Beweismittel geltend gemacht, es können unterbliebene Erklärungen auf Vorbringen des Gegners noch nachgeholt werden. ZPO. §§ 529, 531 (vgl. unten § 99).

2. Aus dem Geſagten ergibt ſich, daß nach der ZPO. die Antretung und die Aufnahme der Beweiſe erfolgt, bevor über die Beweislaſt endgültig entſchieden iſt. Der Beweisantretung geht überhaupt keine richterliche Verfügung, der Beweisaufnahme ein Beweisbeſchluß nur dann voraus, wenn ſie ein beſonderes Verfahren erfordert. ZPO. § 358. (Vgl. oben § 41.)

Der Anordnung einer Beweisaufnahme liegt allerdings die Entſcheidung zu Grunde, daß ſie erheblich, der Ablehnung einer Beweisaufnahme die Entſcheidung, daß ſie unerheblich ſei. Aber endgültig wird über die Erheblichkeit der Beweiſe, wie über die Verteilung der Beweislaſt erſt im Endurteil entſchieden; der Beweisbeſchluß iſt für das Gericht in keinem Sinne bindend; es kann ihn abändern, ergänzen, aufheben, ſeine Ausführung ausſetzen.

Es kann also sehr wohl sein, daß, wenn auf Antrag einer Partei eine Beweisaufnahme angeordnet war, bei der Fällung des Endurteiles das Gericht zu der Überzeugung gelangt, daß es auf sie gar nicht ankomme, und vielleicht gerade darum nicht ankomme, weil die andere Partei das Gegenteil zu beweisen gehabt hätte und nicht bewiesen hat. (Vgl. oben § 44 I.) Ist von der beweispflichtigen Partei überhaupt kein Beweis (auch nicht durch Eideszuschiebung) angetreten, so sollte von vornherein der von der anderen Partei angetretene Beweis des Gegenteiles nicht erhoben werden; wird er aber erhoben, so kann er auch zum Nachteil des Beweisführers, zu Gunsten des Beweispflichtigen, ausfallen und ist dann auch zu dessen Gunsten zu verwerten.

Nur sollen nicht die Parteien die Erledigung des Beweisbeschlusses durch Abänderungsanträge aufhalten dürfen; der Antrag einer Partei auf Abänderung des Beweisbeschlusses ist unbeachtlich, wenn er vor Erledigung desselben gestellt wird und sich auf frühere Verhandlungen gründet. ZPO. § 360.

Selbstverständlich können die Parteien auf Grund neuen tatsächlichen Vorbringens und neuer Beweisantretungen einen neuen Beweisbeschluß herbeiführen; auch können sie (was freilich nicht unbestritten) auf das seitherige Ergebnis der Beweisaufnahme einen Abänderungsantrag gründen (es können z. B. nach diesem Ergebnis weitere Beweisaufnahmen überflüssig geworden sein), denn auch dann gründet sich der Antrag nicht auf die früheren Verhandlungen.[5])

Ein solcher Antrag und ebenso ein Abänderungsbeschluß des Gerichtes setzt aber stets eine neue mündliche Verhandlung voraus.

Das Beweisurteil hat allerdings den — formalen — Vorzug, daß es unerhebliche Beweisaufnahmen ausschließt; da es eben auf jeden Beweis ankommt, der einmal durch das Beweisurteil auferlegt ist. Aber es hat den Nachteil, daß es die bindende Entscheidung über die Erheblichkeit in ein zu frühes Stadium des Verfahrens verlegt und so namentlich die Prozeßführung der Parteien in einer der Gerechtigkeit nicht dienlichen Weise beschränkt; kann es doch sein, daß sie erst durch die Beweisaufnahme auf neue erhebliche Tatsachen aufmerksam werden.

3. Die Freiheit nachträglichen Vorbringens kann von den Parteien leicht zur Verschleppung des Prozesses mißbraucht werden, und das Gesetz stellt daher dem Richter (teils indirekt, teils direkt wirksame) Mittel zur Verfügung, einem solchen Mißbrauch entgegenzuwirken.

A. Indirekte. (Kostenverurteilung und Prozeßstrafe; vgl. dazu unten § 85.)

a) Hat eine Partei durch die nachträgliche Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels, eines Beweismittels oder einer Beweiseinrede, schuldhafterweise, sei es absichtlich oder fahrlässig, die Erledigung des Rechtsstreites verzögert, so kann ihr das Gericht zur Strafe die Prozeßkosten ganz oder teilweise auferlegen, wiewohl sie an und für sich, als obsiegende Partei (ZPO. § 91), dieselben nicht zu tragen haben würde. Ob der Partei ein früheres Vorbringen möglich gewesen wäre, entscheidet das Gericht nach seiner freien Überzeugung. ZPO. §§ 278[2], 283[2].

Verteidigungsmittel im Sinne des § 278 ist auch ein Bestreiten;[6]) denn der Paragraph redet nicht bloß von selbständigen Verteidigungsmitteln.

[5]) Vgl. dazu ERG. Bd. 3 Nr. 101.

[6]) Das ist allerdings kontrovers.

b) Diese Bestimmung ist nur gegenüber derjenigen Partei wirksam, die, wenigstens teilweise, im Rechtsstreite *obsiegt*. Es kann aber auch das Gericht, und zwar von Amts wegen, über den regulären Betrag der Prozeßkosten hinaus einer jeden Partei eine *besondere Gebühr*, als Prozeßstrafe, auferlegen, wenn sie durch *nachträgliches* Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln, Beweismitteln oder Beweiseinreden, welches zeitiger erfolgen konnte, die Erledigung des Rechtsstreites *verzögert* hat. GKG. § 48.

B. *Zurückweisung verzögerlicher Rechtsbehelfe.*

a) Dem *Beklagten* ist das nachträgliche Vorbringen von *Verteidigungsmitteln* nicht unbeschränkt gestattet. Zwar ist es nicht unmittelbar durch *gesetzliche* Vorschrift eingeschränkt, aber das Gesetz ermächtigt das *Gericht*, Verteidigungsmittel, die vom Beklagten nachträglich vorgebracht werden, zurückzuweisen, wenn

1) durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde;

2) der Beklagte in der Absicht den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat; ob dies der Fall, entscheidet das Gericht nach seiner freien Überzeugung. Die Zurückweisung darf jedoch nur auf Antrag des Gegners (nicht von Amts wegen) erfolgen. ZPO. § 279.

Und das ist der Grund, weshalb in der Praxis die Bestimmung sich als wenig wirksam erweist — da die Anwälte, aus freilich hier nicht angebrachter kollegialer Rücksicht, sich in der Regel scheuen, den erforderlichen Antrag zu stellen. — Die rheinisch-französische Praxis hatte die gleiche Befugnis aus dem Grundsatze der sogen. „*Souveränität der Gerichte*" abgeleitet.

Die Zurückweisung vollzieht sich einfach so, daß ohne Rücksicht auf das nachträglich vorgebrachte Verteidigungsmittel das Urteil (Zwischenurteil oder Endurteil) erlassen wird; die Nichtberücksichtigung muß dann selbstverständlich in den Urteilsgründen motiviert werden.

Die Zurückweisung in der ersten Instanz hindert den Beklagten nicht, das Verteidigungsmittel (gemäß ZPO. § 529) in der Berufungsinstanz vorzubringen. Wird aber in der Berufungsinstanz auf Grund des § 279 ein Verteidigungsmittel zurückgewiesen, so muß — da es nun keine höhere Instanz mehr gibt, in der es noch geltend gemacht werden könnte — seine Geltendmachung dem Beklagten im Urteil vorbehalten werden; es bleibt dann bezüglich seiner der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig. Die Zurückweisung ist also eine nur vorläufige, das Urteil ist Zwischenurteil, aber es ist — und darin beruht die praktische Wirksamkeit der Zurückweisung — vollstreckbar; es ist hinsichtlich der Rechtsmittel wie der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehen. ZPO. §§ 540, 541 (vgl. hiezu unten § 99).

b) Für verspätete *Beweisantretungen* findet sich eine *allgemeine* dem § 279 entsprechende Bestimmung nicht.

Eine Zurückweisung ist nur möglich bei einer verspäteten Beweisantretung

1) mit Zeugen; ZPO. § 374;

2) mit Urkunden, die sich in den Händen eines dritten (ZPO. § 428) oder einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten (ZPO. § 432) befinden (ZPO. § 433).

Als verspätet ist aber nur anzusehen eine Beweisantretung, die erfolgt ist 1. nach Erlaß eines Beweisbeschlusses, 2. bezüglich einer in diesem Beweisbeschluß bezeichneten streitigen Tatsache. Im übrigen sind die Voraussetzungen die gleichen wie nach § 279.

Daß nämlich 1. durch die nachträgliche Beweisaufnahme (die Vernehmung der neuen Zeugen, das zur Herbeischaffung der Urkunde erforderliche Verfahren) die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde; 2. die Partei, nach der Überzeugung des Gerichtes, in der Absicht den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

Während aber nach § 279 nur Verteidigungsmittel des Beklagten zurückgewiesen werden können, ist es für die Ablehnung eines verspäteten Beweismittels nach den §§ 374, 433 gleichgültig, von welcher Partei es vorgebracht ist, ob vom Kläger oder vom Beklagten.

Eines Antrages des Gegners bedarf es auch für die Zurückweisung einer Beweisantretung; sind aber die Voraussetzungen einer solchen gegeben, so kann sie nicht bloß (wie nach § 279), sondern muß sie erfolgen.

Das zurückgewiesene Beweismittel kann, nach § 529, noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden; für ein in der Berufungsinstanz zurückgewiesenes Beweismittel aber gibt es keinen Vorbehalt, wie nach § 540; es ist definitiv verloren.]

V. Die Gefahr einer Prozeßverschleppung kann sich auch daraus ergeben, daß einer angeordneten Beweisaufnahme ein Hindernis entgegensteht, von dem es ungewiß ist, ob es überhaupt je oder doch wann es wegfallen werde.

Z. B. es handelt sich um einen geisteskranken Zeugen oder einen, dessen Aufenthaltsort entfernt oder schwer zu ermitteln ist, oder um schwer aufzufindende oder zu erlangende Urkunden.

In solchem Falle ist auf Antrag (nicht von Amts wegen) eine Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf das Beweismittel ausgeschlossen ist, es sei denn, daß durch seine nachträgliche Benutzung das Verfahren doch nicht verzögert wird. ZPO. § 356.]

Z. B. die Urkunde kann in der mündlichen Verhandlung noch vorgelegt werden.

Analoges gilt für den Fall (ZPO. § 364[1 2]), daß die Betreibung einer Beweisaufnahme im Ausland dem Beweisführer überlassen wird; hier ist schon von Amts wegen gleich im Beweisbeschluß eine Frist zu bestimmen, binnen deren die Urkunde über die Beweisaufnahme auf der Gerichtschreiberei niederzulegen ist; nach deren fruchtlosem Ablauf kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. ZPO. § 364[3].

§ 52.

Schriftliches vorbereitendes Verfahren (Rechnungsprozeß).[1]

I. Ein schriftliches vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter kann im landgerichtlichen Prozesse — nicht im amtsgerichtlichen, ZPO. § 508 — durch Beschluß des Prozeßgerichtes angeordnet werden, für gewisse Sachen, deren rein mündliche Verhandlung wegen der Fülle des Streitstoffes nicht zweckmäßig sein würde; für Rechtsstreitigkeiten nämlich, in denen es sich handelt: um die Richtigkeit einer Rechnung (z. B. eines Verwalters über seine Geschäftsführung, eines Bankiers über ein Kontokorrentverhältnis), um eine Vermögensauseinandersetzung (z. B. unter Gesellschaftern, Miterben, geschiedenen Ehegatten, zwischen Nießbraucher und Eigentümer, Pächter und Verpächter) oder um ähnliche Verhältnisse (z. B. Streitigkeiten zwischen Bauunternehmer und Besteller über einen Hausbau), wenn sich dabei eine erhebliche Zahl von Streitpunkten (von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder ein Inventar) herausstellt. ZPO. § 348.

Eine erhebliche Zahl gesonderter, selbständiger, Streitpunkte ist erforderlich; es genügt nicht, daß die Sache sonst in tatsächlicher Hinsicht verwickelt sei.

II. Über die Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens beschließt das Gericht (auf Grund mündlicher Verhandlung, ZPO. § 277); bei der Verkündung des Beschlusses bezeichnet der Vorsitzende den beauftragten Richter; im Fall einer Verhinderung desselben ernennt er ein anderes Mitglied. ZPO. § 349.

III. Für den Prozeß mit vorbereitendem Verfahren gelten besondere Bestimmungen, in Hinsicht auf Form wie Ordnung der die Sammlung des Prozeßstoffes bezweckenden Akte; er charakterisiert sich danach als ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung.

1. Im vorbereitenden Verfahren ist das gesamte Parteivorbringen, das für die Entscheidung erheblich ist, schriftlich zu fixieren.

Es muß zu Protokoll festgestellt werden, nicht bloß, welche Ansprüche erhoben, welche Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht sind, welche von den Ansprüchen und von den Angriffs- und Verteidigungsmitteln streitig, welche unstreitig sind, sondern auch alles, was in Bezug auf die streitigen Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel an tatsächlichen Behauptungen, Beweisantretungen und Beweiseinreden, an Erklärungen über die Behauptungen, Beweisantretungen und Beweiseinreden des Gegners von den Parteien vorgebracht und welche Anträge von ihnen gestellt sind. ZPO. § 350[1].

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften über den amtsgerichtlichen Prozeß, ZPO. § 350[2]; der beauftragte Richter hat die Stel-

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 348 ff. Planck I S. 180, § 102 II. Schmidt S. 304 ff., S. 371 f. Wach, Enquête S. 40 ff.

lung des die Verhandlung leitenden Amtsrichters. Insbesondere hat er also dahin zu wirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären. ZPO. § 503, vgl. § 354[1] Satz 2.

Vorbereitender Schriftenwechsel ist also nicht erforderlich, § 129; Anwaltszwang besteht nicht, § 78[2]. Hinsichtlich der Zustellungen und Ladungen vgl. §§ 166[2], 351.

Das vorbereitende Verfahren ist so lange fortzusetzen, bis der Rechtsstreit zur Erlassung eines Urteiles oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint. ZPO. § 350[2].

Oder auch reif zur Entscheidung eines Zwischenstreites; darüber unten § 82.

Die Beweis*aufnahme* fällt also nicht in den Rahmen des vorbereitenden Verfahrens.

2. Die an das vorbereitende Verfahren sich anschließende *mündliche* Verhandlung bildet formell zwar auch hier die unmittelbare Grundlage der Entscheidung, aber ihr *Inhalt* ist bedingt durch das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens.

Dasselbe ist, auf Grund des Protokolles, von den *Parteien* vorzutragen, ZPO. § 353[1]; dieser Vortrag hat nur berichtenden, nicht bestimmenden Charakter; der Vorsitzende hat von Amts wegen auf seine Richtigkeit und Vollständigkeit hinzuwirken. — Es verhält sich damit ebenso wie mit dem Vortrag des Ergebnisses einer Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. ZPO. § 285[2]; vgl. oben § 48 VII.

Die Parteien sind beschränkt auf die, nach der Feststellung des Protokolles, vor dem beauftragten Richter geltend gemachten Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden; andere als die im Protokoll fixierten können in der mündlichen Verhandlung nicht geltend gemacht werden, es sei denn, daß sie erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sind. ZPO. § 354[2].

Der Nachholungsgrund ist glaubhaft zu machen.

Eine Erklärung auf das Vorbringen des Gegners (über Tatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen), die vor dem beauftragten Richter unterblieben oder verweigert worden, kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Eine bloß unterbliebene Erklärung ist aber nur dann ausgeschlossen, wenn (nach der Feststellung des Protokolles) die Partei vom Richter ausdrücklich zur Erklärung aufgefordert worden war. ZPO. § 354. Zu ihren Ungunsten kann selbstverständlich jede Partei noch in der mündlichen Verhandlung ihr Vorbringen (ihre tatsächlichen Behauptungen, Erklärungen auf das Vorbringen des Gegners, Anträge) ändern. Und mit Einwilligung des Gegners ist neues Vorbringen wie die Nachholung einer unterbliebenen Erklärung zulässig.

Das ist sehr bestritten. Aber kein öffentliches Interesse verlangt den Ausschluß, und unbegründet ist die Besorgnis, es könne so von den Parteien der Zweck des vorbereitenden Verfahrens vereitelt werden; denn wo nötig kann das Prozeßgericht die Fortsetzung des vorbereitenden Verfahrens anordnen.

Man streitet darüber, ob das Protokoll die maßgebende Entscheidungsgrundlage bilde, oder die mündliche Verhandlung; nach dem Ausgeführten ist in gewissem Sinne beides richtig.

Über die Folgen einer Terminsversäumnis (§§ 351, 353[2]) vgl. unten § 93.

Hinsichtlich des Prozeßbetriebes (§§ 352 vgl. 277) s. unten § 68.

§ 53.

Sicherung des Beweises.[1])

I. Die Aufnahme seines Beweises kann zum Zwecke einer Sicherung erfolgen, schon vor Beginn eines Rechtsstreites, oder im Lauf eines anhängigen Rechtsstreites, aber ohne einen im regelmäßigen Prozeßgang erlassenen Beweisbeschluß, ohne Prüfung der Erheblichkeit der zu beweisenden Tatsache.

1. Es ist aber eine solche Beweissicherung nicht für alle Beweisarten, sondern nur für Augenschein und für den Beweis durch Zeugen und durch Sachverständige zulässig. ZPO. § 485.

Sie ist der Natur der Sache nach nicht möglich für den Parteieid; hinsichtlich des Urkundenbeweises s. unten VII.

Die Beweissicherung, „Beweis zum ewigen Gedächtnis, probatio in perpetuam rei memoriam", hatte das gemeine Recht[2]) dem kanonischen Prozeß entnommen: c. 5 X ut lite non cont. (2, 6) und c. 41 X de test. et. attest. (2, 20); [unrichtig die Herleitung aus dem römischen Recht in c. 4 X de confirm. inut. (2, 30)]; sie ist ausdrücklich anerkannt im Reichsdeputationsabschied von 1600, § 125, und in die Preuß. AGO. Tl. I Tit. 33, wie in die neueren deutschen Prozeßordnungen übernommen; um so bemerkenswerter, daß sie im französischen Prozeß durch die Ordonnanz von 1667 verboten war; der Code de procédure civile erwähnt sie nicht; aber die französische Jurisprudenz folgert aus der Nichtaufnahme des Verbotes ihre Zulässigkeit.[3])

2. Eine Beweissicherung kann verlangt werden,

a) wenn ein Grund besteht, welcher die Besorgnis rechtfertigt, daß das Beweismittel verloren oder seine Benutzung erschwert werde. §§ 485, 487 Nr. 4.

Z. B. ein Augenschein ist einzunehmen oder ein Gutachten abzugeben in Bezug auf ein Objekt, das in seinem jetzigen beweiserheblichen Zustand nicht erhalten werden kann (es handelt sich beispielsweise um die Feststellung eines Schadens, einer vergänglichen Spur einer unerlaubten Handlung, der Beschaffenheit einer dem Verderben ausgesetzten Sache); Zeugen sind zu vernehmen, die gefährlich erkrankt oder hochbejahrt sind, oder im Begriffe stehen, auszuwandern.

b) Auch ohne solche Voraussetzung aber kann eine Beweissicherung beantragt werden, wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festgestellt werden sollen, aus denen der Antragsteller ein Recht gegen den Gegner

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 485 ff. Marcus, Gruchot Bd. 34 S. 365 ff.

[2]) Wetzell § 24 N. 31 ff.

[3]) Bonnier, Traité des preuves § 254. (Motive z. Entw. d. ZPO. S. 289.)

herleiten will (vgl. dazu BGB. §§ 477, 478, 485, 493, 524, 639) oder wenn der Antrag seinen Grund hat in der Verpflichtung eines Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters oder Frachtführers, für den Beweis des Zustandes Sorge zu tragen, in welchem sich das ihm anvertraute Gut befindet. ZPO. § 488. (Vgl. HGB. §§ 388, 407[2], 417[1].)

HGB. § 438[3] gehört nicht hieher, vgl. unten II Abs. 2; wohl aber kann unter Umständen auch der Frachtführer verpflichtet sein, für die Feststellung des Zustandes des Frachtgutes Sorge zu tragen, wenn es ihm z. B. beschädigt von einem anderen Frachtführer oder Schiffer überliefert wird.

Aber auch derjenige, *gegen* welchen der Mangel der Sache oder des Werkes geltend gemacht werden soll, der Veräußerer, der Unternehmer, ist berechtigt, die Beweissicherung zu fordern, wenn vom Erwerber oder Besteller ihm der Mangel angezeigt oder die Annahme der Sache, die Abnahme des Werkes wegen Mangelhaftigkeit verweigert worden ist. ZPO. § 488.

c) In jedem Falle aber *kann* nach Ermessen des Gerichtes die beantragte Beweissicherung angeordnet werden, wenn der Gegner zustimmt. ZPO. § 489.

Im § 485 (vgl. auch § 488) hat das „kann" offenbar nicht die Bedeutung, daß die Anordnung im Ermessen des Gerichtes stände.

ZPO. §§ 488 wie 489 finden übrigens Anwendung, gleichviel ob ein Rechtsstreit schon anhängig ist oder nicht. Das ist nicht unbestritten. Aber das Gesetz unterscheidet nicht.

3. In der Regel kann eine Beweissicherung nur gegenüber einem *bestimmten* Gegner beantragt werden; ohne Bezeichnung eines Gegners ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer ohne sein Verschulden dazu nicht im stande ist (es handelt sich z. B. um die Feststellung eines von einem unbekannten Täter angerichteten Schadens). ZPO. § 494[1].

II. Die Beweissicherung erfolgt im Hinblick auf einen Prozeß, für welchen ihr Ergebnis von Bedeutung werden kann, und fällt darum in das Gebiet des *Prozesses*. Dagegen gehört der *freiwilligen* Gerichtsbarkeit an (RG. ü. d. freiwillige Gerichtsbarkeit § 164) die Feststellung des Zustandes oder Wertes einer Sache durch gerichtlich bestellte Sachverständige, die nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (insbesondere auch des Handelsrechts) in gewissen Fällen jemand herbeiführen kann, um sich einen Anspruch zu erhalten oder eine künftige Vermögensauseinandersetzung vorzubereiten.

Vgl. BGB. §§ 1034, 1067 (Verhältnis von Nießbraucher und Eigentümer), §§ 1372, 1439, 1528, 1550 (Verhältnisse des ehelichen Güterrechts), § 2122 (Verhältnis von Vorerbe und Nacherbe). Aus dem HGB.: §§ 438, 464, 608, 609.

III. In formeller Hinsicht setzt die Beweisaufnahme voraus ein *Gesuch*, das den in ZPO. § 487 bezeichneten Inhalt haben muß, und eine ihm entsprechende gerichtliche *Anordnung*.

Das Gesuch wie die Anordnung (§ 490) müssen enthalten: die Bezeichnung der Tatsachen, über welche, und der Beweismittel, mit denen die Beweisaufnahme erfolgen soll; die Zeugen und Sachverständigen sind zu benennen. Außerdem muß das Gesuch noch enthalten: die Bezeichnung des Gegners, oder die Glaubhaftmachung, daß seine Bezeichnung ohne Verschulden des Antragstellers unmöglich, und, im Falle des § 485, die Darlegung und Glaubhaftmachung des Gefährdegrundes. Das Gesuch kann schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtschreibers erklärt werden, § 486[1]. Vgl. § 494[1].

Die Entscheidung bedarf keiner vorgängigen mündlichen Verhandlung. Die Entscheidung, welche dem Gesuche stattgibt, ist unanfechtbar. ZPO. § 490.

Hinsichtlich der ablehnenden gilt ZPO. § 567.

Zuständig (§ 486) ist das Gericht des anhängigen Rechtsstreites; wenn noch kein Rechtsstreit anhängig ist, so ist dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet. Bei diesem Amtsgericht kann in Fällen dringender Gefahr das Gesuch auch dann angebracht werden, wenn der Rechtsstreit schon anhängig ist.

Man streitet darüber, bei welchem Gericht das Gesuch anzubringen sei, wenn in einem anhängigen Rechtsstreit schon ein Urteil zugestellt, aber ein Rechtsmittel noch nicht eingelegt ist. An sich ist es richtig, daß dann der Rechtsstreit noch bei dem Gericht, welches das Urteil erlassen hat, anhängig ist. Aber da eine Beweisaufnahme nur erheblich werden kann, wenn das Urteil nicht rechtskräftig wird, so ist ohne Einlegung eines Rechtsmittels das Gesuch nicht zulässig; ist aber ein Rechtsmittel eingelegt, so ist der Rechtsstreit beim Rechtsmittelgericht anhängig.

IV. Die Beweisaufnahme erfolgt in der Weise, wie sie überhaupt für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels vorgeschrieben ist. ZPO. § 492[2]. Es hat aber hier der Beweisführer, sofern es nach den Umständen des Falles tunlich, den Gegner unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem Beweisaufnahmetermin so zeitig zu laden, daß er in diesem Termin seine Rechte wahrzunehmen vermag. Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift hindert indes die Beweisaufnahme nicht. ZPO. § 491. (S. aber § 493[2].)

Einem unbekannten Gegner (im Fall des § 494[1]) kann zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme vom Gericht ein Vertreter bestellt werden. ZPO. § 494[2].

V. Das Ergebnis der Beweisaufnahme, wie es im Protokolle niedergelegt ist, ist jede Partei berechtigt im Prozesse zu benutzen. ZPO. § 493[1].

War aber der Gegner nicht rechtzeitig geladen und bei der Beweisaufnahme nicht anwesend, so ist dem Beweisführer die Benutzung nur dann gestattet, wenn er glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt sei. ZPO. § 493.

Das Ergebnis der mit diesem Mangel behafteten Beweisaufnahme darf auch nicht als Indiz benutzt werden. Das Gesetz untersagt seine Benutzung dem Beweisführer schlechthin.

VI. Das Protokoll ist selbstverständlich eine öffentliche Urkunde, seine Benutzung aber ein eigentlicher Urkundenbeweis so wenig, wie die Benutzung des Protokolles über die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter.

In der Benutzung des Protokolls liegt eine Ausnahme vom Prinzipe der Unmittelbarkeit. Selbstverständlich kann das Prozeßgericht nach seinem Ermessen eine Wiederholung der Beweisaufnahme anordnen, wenn sie noch möglich sein sollte.

Aufzubewahren ist das Protokoll bei dem Gerichte, welches die Beweisaufnahme angeordnet hat. ZPO. § 492[3].

VII. Gegenstand einer Beweissicherung kann namentlich auch die Tatsache der Echtheit einer Urkunde sein und eine Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde (ZPO. § 256) kann gerade durch die Gefahr ihres Unterganges veranlaßt sein. (Vgl. oben § 44a IV 2 d.)

Das kanonische Recht kannte ein besonderes Verfahren zur Urkundenerneuerung [c. 4 X de confirm. inut. (2, 30), c. 16 X de fide instrum (2, 22)]: Urkunden, deren Untergang ihres Alters wegen zu befürchten ist, werden auf Antrag unter Zuziehung der Interessenten vom Richter geprüft und, wenn einwandsfrei befunden, „exemplifiziert"; d. h. es wird eine neue gleichlautende Urkunde ausgefertigt, auf welche die Beweiskraft der alten übergeht.[4])

Drittes Buch.

Die Entscheidung über den Klaganspruch.

Vorbemerkung. Es ist in diesem Abschnitt nur die Rede von solchen Urteilen, die sich auf den materiellen Inhalt der Klage, „den Klaganspruch" beziehen, von Urteilen in der „Hauptsache", „Sachurteilen"; nicht aber von solchen Urteilen, die nur prozessuale Punkte betreffen, insbesondere also auch nicht von den Urteilen, die aus prozessualem Grunde der Klage abweisen. Sie werden, um ihres wesentlich verschiedenen Inhaltes willen, besonders behandelt (vgl. unten §§ 82, 89), wenn auch sehr vieles von dem, was im folgenden zu sagen ist, zugleich von ihnen gilt. — Eine allgemeine Übersicht über die Entscheidung wird unten im § 79 gegeben.

§ 54.

Die Entscheidung.[1])

Ein Endurteil über den Klaganspruch ist der reguläre Zweck und das reguläre Ende des Rechtsstreites.

---

[4]) Wetzell § 24 N. 98b. S. auch Weismann, Feststellungsklage S. 58 ff.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 300—302, 305, 308, 321. Planck § 76. Schmidt § 92.

I. Endurteil ist zu erlassen, wenn (nicht ein einzelner Streitpunkt, sondern) der Rechtsstreit im ganzen, nach der Ansicht des Gerichtes, zur Entscheidung reif ist. ZPO. § 300. Die Entscheidungsreife aber ist das Gericht auf dem kürzesten und für die Parteien am wenigsten kostspieligen Wege anzustreben verpflichtet.

Ist also von mehreren Klaggründen (z. B. mehreren Eigentumserwerbsgründen) einer festgestellt, so sind nicht mehr die anderen zu untersuchen. Sind aber zwei Ansprüche im Eventualitätsverhältnis erhoben (darüber unten § 104), so muß zunächst der an erster Stelle geltend gemachte, der weiter gehende, Anspruch geprüft werden. — Ist ein Grund festgestellt, aus dem jedenfalls die Klage abzuweisen ist (z. B. die Verjährung des Anspruches), so ist es nicht notwendig, ja nicht zulässig, über das sonstige Streitmaterial zu entscheiden, und zu diesem Zwecke Beweis zu erheben. Etwas Besonderes aber gilt für die sogen. Eventualaufrechnung, d. h. die Aufrechnung, die im Prozeß nur für den Fall erklärt ist, daß die in erster Linie bestrittene Klagforderung sich als begründet erweisen sollte. (Daß eine solche Eventualaufrechnung durch BGB. § 388 S. 2 nicht ausgeschlossen ist, darüber besteht fast allgemeines Einverständnis.)[2] Da mit der Aufrechnung der Beklagte seine eigene Gegenforderung zum Erlöschen bringt, BGB. § 389, die Aufrechnung im Prozeß der Erfüllung der Klagforderung gleich wirkt, die Entscheidung, daß die Klagforderung an sich unbegründet, nicht gleichwertig ist der Entscheidung, daß sie durch Aufrechnung getilgt sei, auch wenn diese Entscheidung in Form der Klagabweisung auftritt (vgl. dazu unten IV 3), so hat das Gericht über die Aufrechnung nur zu entscheiden, wenn es die Klagforderung für begründet erkennt. Das ist die herrschende Ansicht;[3] die entgegengesetzte wird namentlich von Stölzel vertreten.[4]

II. Das Endurteil hat den gesamten Streitstoff zu erledigen und darf nicht die Entscheidung über ein einzelnes Verteidigungsmittel vorbehalten. Eine Ausnahme macht die Aufrechnung. 1. Wenn nämlich die Verhandlung nur über die Forderung — nicht auch schon über die Aufrechnung — zur Entscheidung reif ist, so kann (ZPO. § 302) eine Entscheidung nur über die Forderung, unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung, ergehen; doch ist dies nur dann statthaft, wenn die Gegenforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang mit der Klagforderung steht. Ein solcher ist vorhanden, wenn die beiden Forderungen wesentliche Entstehungstatsachen miteinander gemeinsam haben, insbesondere wenn sie aus demselben Rechtsverhältnis entspringen.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so kann seine Ergänzung beantragt werden, nach den näheren Bestimmungen des § 321 vgl. unten VII.

Das Urteil mit Vorbehalt der Aufrechnung ist die Entscheidung, daß die Klagforderung an sich (d. h. abgesehen von der Aufrechnung) begründet sei; es unterliegt den gleichen Rechtsmitteln wie ein Endurteil und hat die Wirkungen eines Endurteils: hat materielle Rechtskraft und ist voll-

---

[2] Anderer Meinung Förtsch, Gruchot Bd. 42 S. 233 ff.
[3] So auch ERG. Bd. 37 Nr. 117, Bd. 42 Nr. 86.
[4] Schulung für die zivilistische Praxis Bd. 2. Die sich daran knüpfende Literatur s. daselbst in der 3. Aufl. (1902). Vgl. auch Hellwig, Lehrbuch § 35 II 2.

streckbar (§ 302[3]). Aber in Betreff der Aufrechnung bleibt der Rechtsstreit noch anhängig. Und wenn sich nun weiterhin ergibt, daß der Einwand der Aufrechnung unbegründet ist, so wird das ergangene Urteil bestätigt; soweit er sich aber als begründet erweist, ist das Urteil aufzuheben und der Kläger mit seinem Anspruche abzuweisen (vgl. BGB. § 389), was denn auch eine anderweite Kostenentscheidung zur Folge hat. § 302[4].

Das Vorbehaltsurteil über die Klagforderung hieß in der ursprünglichen Fassung der ZPO. (§ 274) „Teilurteil".[5]) In Wahrheit ist es ein Zwischenurteil, weil es — zulässigerweise — den Prozeßstoff noch nicht vollständig erledigt. Nach anderer Auffassung[6]) ist es ein auflösend bedingtes Endurteil (vgl. darüber unten § 79).

Wenn der Kläger die Vollstreckung des Vorbehaltsurteiles betreibt, so tut er es auf *seine* Gefahr: wird das Urteil aufgehoben und ist dem Beklagten ein Schaden entstanden, sei es durch die Zwangsvollstreckung selbst, sei es dadurch, daß er hat leisten müssen, um die *drohende* Zwangsvollstreckung abzuwenden, so ist der Kläger ersatzpflichtig, auch wenn ihn *kein* Verschulden trifft. § 302[4].

Bis zur Novelle war dies bestritten; die herrschende Meinung nahm eine Schadensersatzpflicht nur bei Verschuldung an. — Der Schadensersatzanspruch kann vom Beklagten *in* dem anhängigen Rechtsstreite geltend gemacht werden (vgl. ZPO. § 281); wird er erhoben, so gelten die zivilrechtlichen Folgen der Rechtshängigkeit schon als mit dem Zeitpunkte der Zahlung oder Leistung eingetreten (§ 302 letzter Satz).

2. Wie aber hienach getrennte *Entscheidungen* über die Klagforderung und über die Aufrechnung möglich sind, so kann auch das Gericht schon getrennte *Verhandlungen* über die Klagforderung und über die Aufrechnung anordnen, vorausgesetzt auch hier, daß die Gegenforderung nicht mit der Klagforderung in rechtlichem Zusammenhange steht. Der Prozeß spaltet sich so in zwei Teile mit gesonderten Verhandlungsgegenständen, aber das *Endurteil* bleibt ein einheitliches und wird durch das Ergebnis *beider* Verhandlungen bestimmt. Wird die Klagforderung früher entscheidungsreif, so kann nach § 302 ein Vorbehaltsurteil erlassen werden. Wird die Klagforderung für unbegründet erkannt, so erledigt sich damit von selbst auch die Aufrechnung. ZPO. § 145[2].

Wird die Aufrechnung früher entscheidungsreif, so kann nach § 303 Zwischenurteil erlassen werden.

3. Es macht in keiner Hinsicht einen Unterschied, ob die Aufrechnung erst im Prozeß erklärt oder ob eine schon vorher erklärte Aufrechnung geltend gemacht wird. Im ersteren Falle ist die Aufrechnung zugleich Prozeßhandlung und materielles Rechtsgeschäft.

Über die früher bestrittene Frage, ob durch die Aufrechnung im Prozeß die Gegenforderung rechtshängig werde, s. unten § 61 B I 5.

---

[5]) Daß darin die Aufrechnung vorzubehalten sei, war bereits in einer Entsch. der verein. Zivilsen. des RG. (ERG. Bd. 31 Nr. 1) ausgesprochen.

[6]) So *Gaupp-Stein*, *Seuffert*.

4. Auf die Aufrechnung beziehen sich ferner noch die §§ 322, 529 ZPO., worüber unten § 61 und § 99.

III. Ist nur ein Teil des Rechtsstreites zur Entscheidung reif — nicht ein Teil des Streitstoffes, sondern des geltend gemachten Anspruches selber, des Streitgegenstandes, steht jetzt schon fest, daß, wenigstens zu einem quantitativen Teile, der Anspruch begründet oder unbegründet sei, so ist (ohne daß es eines besonderen Parteiantrags bedürfte) insoweit der Rechtsstreit durch Endurteil zu erledigen.[7]) Über den nicht erledigten Teil geht dann das Verfahren weiter. ZPO. § 301.

Die Entscheidung über die Prozeßkosten kann bis zur gänzlichen Erledigung des Rechtsstreites vorbehalten werden; vgl. unten § 115.

Ein solches teilweises Endurteil heißt Teilurteil. Die Erlassung eines Teilurteils kann indes unterbleiben, wenn nach der besonderen Beschaffenheit des Falles das Gericht die teilweise Erledigung des Prozesses nicht für angemessen erachtet. ZPO. § 301.

Z. B. durch das Teilurteil würde den Parteien die Möglichkeit der Revision entzogen, weil es an der Revisionssumme (ZPO. § 546) fehlen würde. Oder es sind bei dem inneren Zusammenhang der Teile Verwicklungen oder Verzögerungen zu befürchten, besonders für den Fall, daß das Teilurteil durch Rechtsmittel angefochten würde.

Ist aber der Anspruch teilweise anerkannt, oder ist teilweise darauf verzichtet, so muß — hier allerdings nur auf Antrag des Gegners — ein entsprechendes Teilurteil erlassen werden. ZPO. §§ 306, 307.

Über die anderen Anwendungsfälle des Teilurteiles (bei Mehrheit von Ansprüchen) s. unten § 108.

IV. Das Endurteil ist Entscheidung über die erhobene Klage.

1. Entweder weist es die Klage (als unbegründet) ab oder es spricht die beantragte Verurteilung oder Feststellung aus, oder direkt die Rechtsfolge (z. B. die Aufhebung der Gemeinschaft), die mit der Rechtskraft des Urteils eintreten soll.

Es kann auch sein, daß die Klage teilweise begründet, teilweise unbegründet, also ihr nur teilweise stattzugeben ist; dann ist ausdrücklich auch ihre teilweise Abweisung auszusprechen, damit nicht der Schein einer unvollständigen Entscheidung entstehe.

Daß auch eine teilweise Verurteilung, teilweise Abweisung möglich sei, erscheint als selbstverständlich; indes führte im römischen Formularprozeß bei den actiones certae jede „plus petitio“ zur vollständigen Absolution und damit zum vollständigen Untergange der erhobenen actio.[8])

Die Abweisung kann erfolgen wegen bloßen Mangels der Klagbarkeitsvoraussetzung (vgl. oben § 20) oder weil im übrigen die Klage un-

---

[7]) Möglich ist ein Teilurteil also nur, wenn die Entscheidung über den einen Teil völlig unabhängig ist von der Entscheidung über den anderen, unerledigten, Teil. ERG. Bd. 16 Nr. 105, Bd. 22 Nr. 82.

[8]) Gaius Instit. IV § 53; dazu Keller-Wach, Der röm. Zivilprozeß § 44. Anders schon im Justinianischen Recht. Vgl. Wetzell § 46 N. 32 f.

begründet ist; im einzelnen also: weil der erhobene Leistungsanspruch nicht besteht, oder weil das Rechtsverhältnis nicht besteht, dessen Bestehen, oder umgekehrt das Rechtsverhältnis besteht, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll.

2. Es gibt Einreden, welche nicht zu einer Abweisung der Klage, sondern nur zu einer beschränkten Verurteilung führen.

a) Wenn der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich zwar begründet ist, aber dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, so ist nicht die Klage abzuweisen, sondern der Beklagte zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Kläger die Zwangsvollstreckung betreiben, wenn er den Schuldner in Annahmeverzug setzt. BGB. § 274, ZPO. § 756.[9])

Der Beklagte aber erhält auch hier kein Vollstreckungsrecht.

b) Die Geltendmachung der dem Erben nach den §§ 2014, 2015 BGB. zustehenden Einreden führt nicht zur Abweisung der Klage, sondern nur zu einer Verurteilung unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung. ZPO. § 305[1]. (Vgl. auch ZPO. § 239[5]. S. ferner ZPO. § 778 bis 785.)[10])

Das Gleiche gilt für die beschränkte Haftung des überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft gemäß § 1489[2] BGB. ZPO. § 305[2]. Vgl. § 786.

3. Ist der Kläger nach der Klagerhebung befriedigt (durch Realerfüllung oder durch Aufrechnung), so darf freilich keine Verurteilung erfolgen, aber auch eine Klagabweisung wäre nicht sachgemäß.

Denn, während sich mit der Klagabweisung die Verurteilung des Klägers in die Prozeßkosten verbindet (ZPO. § 91), so fallen hier dem Beklagten die Prozeßkosten zur Last, es müßte denn sein, daß er nicht durch sein Verhalten die Klagerhebung veranlaßt und daß er sofort den Anspruch nicht bloß anerkannt, sondern auch erfüllt hätte (ZPO. § 93, vgl. unten § 115); auch kann es sein, daß dem Kläger noch ein Schadensersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung zusteht, und die Feststellung, daß der Anspruch begründet war, kann darum noch, trotz der Erfüllung, für den Kläger von Wert sein. (Z. B. der Beklagte hatte es unterlassen, Einrichtungen zu treffen, um schädliche Einwirkungen einer Anlage auf das Grundstück des Klägers oder schädliche Zuflüsse aus einer Fabrik in einen Wasserlauf zu verhüten.)

Es empfiehlt sich hier eine andere Formel; z. B. der Anspruch wird als durch Erfüllung erledigt erklärt; oder es wird ausgesprochen, es behalte bei der Erfüllung sein Bewenden u. dergl.[11])

---

[9]) Hellwig, Anspruch § 50 II, § 53 I.
[10]) Hellwig, Anspruch § 53 II.
[11]) Salinger, Gruchot Bd. 47 S. 81 ff.

Eine einheitliche Praxis hat sich noch nicht gebildet. Jedenfalls: wird die Abweisung der Klage ausgesprochen, so hat sie doch hier einen eigenartigen, aus der Urteilsbegründung zu entnehmenden Sinn.

V. Die Verurteilung muß so genau sein, daß sie eine ausreichende Grundlage für die Zwangsvollstreckung abgibt. Nichts darf daran unbestimmt sein, abgesehen von solchen Punkten, die der Beurteilung des die Zwangsvollstreckung ausführenden Gerichtsvollziehers überlassen sind. Das Nähere gehört in die Lehre von der Zwangsvollstreckung.

Die Feststellung muß das Rechtsverhältnis genau bezeichnen, um das es sich handelt, ganz besonders natürlich in der Beziehung, in welcher es streitig geworden war.

VI.[12]) Das Urteil darf keiner Partei etwas zusprechen, was nicht beantragt ist; es darf nicht mehr und es darf nichts anderes zusprechen. Das gilt auch von Nebenforderungen, wie insbesondere von Früchten und Zinsen. ZPO. 308[1].[13])

„Ne eat index ultra petita partium". Der Satz ist die natürliche Folge davon, daß über private Rechtsverhältnisse, und so auch über den Umfang ihrer Geltendmachung der Wille des Berechtigten entscheidet. Gewöhnlich wird er als Ausfluß der Verhandlungsmaxime hingestellt, wiewohl er damit, ihrem ursprünglichen Sinne nach, nicht wesentlich zusammenhängt; vgl. oben § 32 I 2.

Die Frage, ob Nebenforderungen von Amts wegen zu berücksichtigen seien, war im gemeinen Prozeßrecht streitig;[14]) nach der Preuß. AGO. I 23 §§ 58 ff. war auf Zinsen und Früchte von Amts wegen zu erkennen.

Weniger aber kann dem Kläger zugesprochen werden, als er begehrt, vgl. oben IV. Im einzelnen Falle können Zweifel darüber entstehen, ob es sich um ein Weniger handelt oder um etwas anderes; sie lassen sich vermeiden durch geeignete Ausübung des Fragerechts, indem nämlich der Kläger zu einer entsprechenden eventuellen Antragsstellung veranlaßt wird.

Nicht kann z. B., wenn auf Schadensersatz geklagt ist, auf eine andere Leistung erkannt werden; ist aber auf Beseitigung einer störenden Anlage geklagt, so kann zu einer Vorkehrung verurteilt werden, durch welche die Störung beseitigt wird. Ist aus einer alternativen Forderung auf eine bestimmte Leistung geklagt, weil der Kläger sich selbst das Wahlrecht zuschreibt, so kann auf Leistung nach Wahl des Beklagten verurteilt werden.

Der Antrag auf Verurteilung ist etwas anderes als ein Feststellungsantrag und es kann also nicht auf Feststellung erkannt werden, wenn nur Verurteilung beantragt ist.

Dagegen hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen über die Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten. ZPO. § 308[2].

Der Kläger als solcher kann nicht verurteilt werden, von den Prozeßkosten abgesehen und denjenigen Ansprüchen, die in den Fällen der §§ 302, 541, 600, 717

---

[12]) Planck § 73 III 3.

[13]) Und es gilt von Feststellungsklagen selbstverständlich ebenso wie für Verurteilungsklagen. S. dazu ERG. Bd. 14 Nr. 24.

[14]) Wetzell § 43 N. 35.

(bei Vorbehaltsurteilen oder bei vorläufig vollstreckbaren Endurteilen) aus seiner Prozeßführung selbst gegen ihn vom Beklagten hergeleitet werden.

Im übrigen muß der Beklagte, wenn er eine Verurteilung des Klägers will, eine Widerklage (vgl. unten § 107) erheben; dadurch wird er zugleich zum Kläger, der Kläger zugleich zum Beklagten, auch eine Feststellung kann er nur in Gestalt einer Widerklage (§ 280) beantragen, vgl. unten § 109.

Maßgebend ist der Klagantrag so wie er sich (zulässigerweise) in der Schlußverhandlung gestaltet hat. Inwieweit der ursprüngliche Antrag geändert werden kann, ergibt sich aus den Erörterungen über die Klagänderung (s. unten § 88a). Er kann insbesondere erweitert werden durch einen Feststellungsantrag, worüber unten § 109.

VII. Das Endurteil muß eine erschöpfende Entscheidung enthalten. Ist ein von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch ganz oder teilweise übergangen, so hat auf Antrag einer Partei das erkennende Gericht durch eine nachträgliche Entscheidung das Urteil zu ergänzen. ZPO. § 321.

Da über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, im Endurteil stets, auch ohne besonderen Antrag, erkannt werden muß (§ 308), so ist das Endurteil stets ergänzungsbedürftig, wenn die Kostenentscheidung fehlt. ZPO. § 321.

Der Ergänzungsantrag führt zu neuer mündlicher Verhandlung, die aber auf den unerledigten Teil des Rechtsstreites beschränkt ist.

1. Da diese nachträgliche Verhandlung von derjenigen, auf welcher das zu ergänzende Urteil beruht, ganz unabhängig ist, so können an ihr auch solche Richter teilnehmen, die an dem ersten Urteil nicht teilgenommen haben.[15])

2. Die Entscheidung über den Antrag ist stets ein Urteil, denn immer wird damit über einen Parteianspruch entschieden; sie ist ein Urteil auch dann, wenn der Antrag als unveranlaßt abgewiesen wird.[16])

3. Der Antrag muß binnen einer einwöchigen Frist, die mit der Zustellung des Urteils beginnt, gestellt werden; und zwar durch Zustellung eines Schriftsatzes, der den Antrag auf ergänzende Entscheidung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten muß.

4. Der übergangene Anspruch kann (eben weil noch nicht über ihn entschieden ist) auch mittels einer neuen Klage geltend gemacht werden.[17]) Dies gilt insbesondere auch von einer übergangenen Nebenforderung. Außer Kraft getreten sind nach E.ZPO. § 14 Nr. 5 frühere Vorschriften, wonach eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über sie nicht entschieden ist.

5. Gegen die Übergehung eines einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittels kann nur ein Rechtsmittel helfen; umgekehrt kann eine ergänzende Entscheidung nicht durch ein Rechtsmittel erzielt werden, da eben ein Rechtsmittel nur gegen eine gefällte Entscheidung möglich ist. Etwas Besonderes ist es, daß, wenn der Vorbehalt der Aufrechnung fehlt, nach § 302[2] die Ergänzung des Urteils beantragt werden kann; hier kann aber auch durch ein Rechtsmittel die Ergänzung verlangt werden, da das vorbehaltlose Urteil ein unrichtiges ist.

---

[15]) ERG. Bd. 23 Nr. 99, Bd. 30 Nr. 100.

[16]) ERG. Bd. 30 Nr. 100.

[17]) Seine Rechtshängigkeit endigt, wenn die Frist für den Ergänzungsantrag abgelaufen ist.

§ 55.

Das Urteil nach seiner prozessualen Grundlage.

Von der Herstellung der Urteilsgrundlage, der Sammlung des Prozeßstoffes, von Verhandlung und Beweis, ist im vorigen Buche die Rede gewesen. Es ist aber in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, wie sich die Parteiverhandlung in wesentlich verschiedener Weise gestalten kann.[1])

1. Es kann sein, die Parteien streiten miteinander. Dann ist das Endurteil Streitentscheidung, kontradiktorisches Urteil (oben § 34).

2. Es kann sein, der Kläger verzichtet auf den Anspruch oder der Beklagte erkennt ihn an, sei es ganz oder teilweise. Dann ist — aber nur auf besonderen Antrag — ein dem Verzicht oder Anerkenntnis gemäßes Urteil zu erlassen. ZPO. §§ 306, 307. (Darüber oben § 33.)

Dieser Antrag ist verschieden von dem Antrag zur Hauptsache; er ist ein bloß prozessualer Antrag. Er ist darum vorgeschrieben, weil, beim freiwilligen Nachgeben einer Partei, zu einem Urteil nicht immer Bedürfnis ist.[2])

3. Verhandelt eine der Parteien überhaupt nicht, so ist der erschienene Gegner berechtigt, ein Urteil gegen sie zu beantragen, das, weil es auf der Versäumnis der Partei beruht, Versäumnisurteil heißt.

Darüber das Nähere unten in der Lehre vom Versäumnisverfahren § 93.

§ 56.

Die Urteilsfindung.

Das Urteil ist das Ergebnis der Anwendung der maßgebenden Rechtsnormen auf den konkreten Tatbestand. Der Richter ist prinzipiell nicht zur Rechtsschöpfung, sondern zur Rechtsanwendung berufen; er ist an die Gesetze gebunden. GVG. § 1.

I. Er hat also vor allem zu prüfen, welchem objektiven Rechte — nach seinem zeitlichen, räumlichen, sachlichen Gebiete (ob früher oder jetzt geltendes, inländisches oder ausländisches, allgemein bürgerliches oder Handelsrecht) — der Fall untersteht, er hat sodann zu prüfen, ob ein Rechtssatz und welche Rechtssätze darauf anwendbar sind.

1. Zur Anwendung eines Rechtssatzes bedarf es vor allem der Erfassung seines Sinnes, der Auslegung des Rechtssatzes mit allen dafür zu Gebote stehenden Hilfsmitteln; das ist eine rein wissenschaftliche Tätigkeit.

2. Des weiteren handelt es sich darum, den Fall unter die maßgebende Norm zu „subsumieren".

---

[1]) Vgl. ferner unten § 79.

[2]) Degenkolb, Das Anerkenntnisurteil (Dekanatsprogramm 1902).

Soll auf den gegebenen Tatbestand eine Norm anwendbar sein, so muß er alle die Merkmale an sich tragen, welche die Norm voraussetzt; mit anderen Worten: der in der Norm *abstrakt* bezeichnete Tatbestand muß im konkreten Falle voll *verwirklicht* sein.

3. Wie aber die Tatbestände, von denen die Normen ausgehen, aus der Erfahrung abstrahiert sind, so bedarf es wiederum *allgemeiner Erfahrungssätze*, um den konkreten *Tatbestand* unter die Norm zu subsumieren, d. h. zu entscheiden, ob die Merkmale der Norm im gegebenen Falle zutreffen.

Und auch die *Rechtsfolge* ergibt sich für den konkreten Fall nicht immer schon mit Hilfe eines einfachen logischen Schlusses (wie er z. B. ausreicht für die Verpflichtung, ein Darlehn von bestimmter Höhe zurückzubezahlen); es kann sein, daß es, auch um die Rechtsfolge zu ermitteln, noch der Anwendung von aus der Lebenserfahrung gezogenen Sätzen bedarf (z. B. es ist der angemessene Preis zu bestimmen oder ein Interesse zu schätzen).

Ja nicht selten ist der Richter zur *Ergänzung* nicht völlig erschöpfender Normen berufen. Denn nicht selten ist das Gesetz so gefaßt, daß es eine Ergänzung *fordert* durch Regeln, die den Anschauungen des Verkehrs, den wirtschaftlichen oder sittlichen Auffassungen des Volkes oder gewisser Volkskreise zu entnehmen sind.[1]) Indem der Richter dann der Norm erst bestimmten Inhalt gibt, setzt er die Tätigkeit des *Gesetzgebers* fort, vollzieht er nicht bloß eine formal logische Operation, sondern fällt *Werturteile*, nach sittlichem oder wirtschaftlichem Maßstabe, entscheidet auf Grund eigener freier Abschätzung und Abwägung widerstreitender Interessen.

Aber auch da muß er bemüht sein, nicht nach subjektiven Eindrücken, sondern nach Grundsätzen zu urteilen, die dem *Gemeinbewußtsein* entsprechen. Darum soll er sich in steter Fühlung mit dem Volksleben halten, einen offenen Blick haben für die Bedürfnisse des Verkehres und für die sittlichen Bedingungen gedeihlicher Entwicklung seines Volkes.

Wenn z. B. nach BGB. § 276 fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, wenn § 242 BGB. den Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, wenn nach BGB. § 157 Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, oder wenn in einzelnen Bestimmungen des BGB. Rechtsfolgen geknüpft werden an ein Verhalten, das wider Treu und Glauben verstößt (§§ 162, 320, 815), wenn nach seinem § 138 ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, nach § 128 schadenersatzpflichtig ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, wenn nach § 814 sittliche Pflichten und Rücksichten des Anstandes zu beachten sind, wenn in einer ganzen Reihe von Bestimmungen des BGB. auf Billigkeit, auf billiges Ermessen verwiesen wird (§§ 315—319, 660, 745, 829, 920, 971, 1246, 1361, 2156),

[1]) S. die Literatur zu II. Vgl. auch O. *Bülow*, Gesetz und Richteramt (1885).

oder die Auflösung gewisser Rechtsverhältnisse allgemein von wichtigen — ausreichenden — besonderen Gründen abhängig gemacht wird (z. B. §§ 549, 626, 627, 671, 696, 712, 723, 749, 1402, 1451, 1612, 1635 u. s. w.), so ist ganz gewiß der Richter dabei überall auf seine Erfahrung verwiesen, aber nicht auf seine Erfahrung von einzelnen Tatsachen, sondern von Lebensregeln und Lebensanschauungen. Die Frage, ob sich dafür eine allgemeine Methode „des richtigen Rechts" aufstellen lasse, muß hier unerörtert bleiben.[2])

II.[3]) Wenn nun aber der Richter konkrete Tatsachen nur berücksichtigen darf, wenn sie von den Parteien behauptet sind, und wenn er von Amts wegen ihre Wahrheit nicht erforschen darf, so ist er bei der Rechtsanwendung weder an Behauptungen noch an Beweisanträge der Parteien gebunden. Der Richter hat den Tatbestand nach jedem nur erdenklichen juristischen Gesichtspunkt zu würdigen und einen für die Beurteilung wesentlichen Rechtssatz hat er darum nicht weniger anzuwenden, weil die Parteien nicht darauf Bezug genommen haben. Von den Parteien erhält er das Faktum und erteilt ihnen das Recht. („Da mihi factum, dabo tibi ius".)

Nur muß er die Verfügungsfreiheit der Parteien respektieren und darf ihnen nicht ein Recht aufdrängen, das sie selbst nicht geltend machen wollen; insbesondere darf er die Einrede der Verjährung oder eine sonstige Einrede, auch wenn sie begründet erscheint, nur berücksichtigen, wenn der Beklagte sich darauf zur Abweisung der Klage berufen hat.

1. Die Gesetze seines Staates[4]) (nicht bloß die in seinem Bezirke geltenden) hat das Gericht von Amts wegen zu kennen und anzuwenden. Sie bedürfen nicht des Beweises: Iura novit curia.

2. Andere Rechtssätze — gewohnheitsrechtliche, statutarische, in einem anderen Staate geltende — hat das Gericht gleichfalls von Amts wegen anzuwenden, soweit sie ihm bekannt sind. Auch kann es sich von Amts wegen Kenntnis davon verschaffen (aus der Literatur, aus früheren Prozeßakten und Urteilen, durch amtliche Auskunft anderer Behörden, auch durch mündliche Vernehmung). Es kann aber auch ihre Nachweisung der Partei überlassen werden, welche sich darauf beruft.[5]) ZPO. § 293.

Hier wird es von Bedeutung, daß die ordentlichen Gerichte — mit einziger Ausnahme des Reichsgerichtes — Gerichte der einzelnen Bundesstaaten sind (vgl. oben § 11 III). Ist ein Gericht mehreren Bundesstaaten gemeinschaftlich, so hat es die sämtlichen Gesetze dieser Bundesstaaten von Amts wegen zu berücksichtigen; das Reichsgericht ist verpflichtet, alle innerhalb des ganzen Deutschen Reiches geltenden Gesetze von Amts wegen anzuwenden.

---

[2]) S. darüber Stammler, Die Lehre von dem richtigen Recht (1902).

[3]) Komment. zu ZPO. § 293. Planck § 75. Schmidt § 73. Stein, Das private Wissen des Richters (1893), insbesondere § 12.

[4]) Darunter fällt auch die auf delegierter Gesetzgebungsgewalt beruhende Rechtsverordnung einer Verwaltungsbehörde. ERG. Bd. 43 Nr. 108.

[5]) ERG. Bd. 21 Nr. 30, Bd. 30 Nr. 110. Die Auskunftspersonen, die über ein Gewohnheitsrecht aussagen, sind Sachverständige (wie z. B. auch Kaufleute, die einen Handelsbrauch bekunden, GVG. § 118).

Von Amts wegen hat auch das Gericht die Rechtsgültigkeit von Gesetzen und Verordnungen zu prüfen.[6])

3. Aber auch die allgemeinen Erfahrungssätze, die für die Beurteilung des Tatbestandes von Erheblichkeit sind, hat der Richter von Amts wegen zu verwerten, soweit sie ihm — nach seiner Bildung oder Erfahrung — bekannt sind. Und soweit das nicht der Fall ist, kann er sich von Amts wegen darüber — durch Vernehmung von Sachverständigen oder auf sonst geeignete Weise (z. B. aus Büchern, Zeitschriften) — unterrichten. Es gelten für sie, so wenig wie für Rechtssätze, die Regeln von der Beweislast; aber tatsächlich ist die Partei, die sich auf einen Erfahrungssatz beruft, zu seiner Nachweisung gezwungen, wenn sie befürchten muß, daß er sonst keine Beachtung finden würde.

Der Vernehmung von Sachverständigen bedarf es insbesondere auch dann, wenn Gebräuche in Frage stehen, die nur einem beschränkten Personenkreise bekannt sind, wie namentlich Handelsgebräuche. Einer der Vorzüge der mit Kaufleuten besetzten Kammern für Handelssachen besteht gerade darin, daß sie über das Bestehen von Handelsgebräuchen auf Grund eigener Wissenschaft entscheiden können. GVG. § 118.

Ob § 291 ZPO. auch auf allgemeine Erfahrungssätze zu beziehen ist, oder nur konkrete Tatsachen im Auge hat, ist streitig.[7]) Die Unterscheidung liegt wohl kaum im ursprünglichen Gedanken des Gesetzes. Aber jedenfalls besteht ein Unterschied zwischen allgemeinen Erfahrungssätzen und konkreten offenkundigen Tatsachen darin, daß erstere von den Parteien nicht bloß nicht bewiesen, sondern auch nicht einmal behauptet zu werden brauchen, wenn sie dem Gerichte bekannt sind.

III. Man kann hienach den Satz aufstellen, daß das Gericht an die Behauptungen und Beweisanträge nicht gebunden ist in Bezug auf alles, was nicht die konkrete Grundlage der Aburteilung, sondern die Aburteilung selbst (die Rechtssätze und allgemeinen Erfahrungssätze und ihre Anwendung) betrifft. Und das gilt insbesondere auch für diejenigen Rechtsregeln und Erfahrungssätze, die der Beweiswürdigung zu Grunde liegen (oben §§ 44, 44a). Denn auch sie ist ein Akt der Urteilstätigkeit. Wenn wir auch von den konkreten Tatsachen ihre rechtliche Beurteilung unterscheiden, so schließt anderseits doch wieder die Feststellung dieser Tatsachen, soweit sie streitig sind, gleichfalls eine Beurteilung in sich.

Und wir haben demnach zwei Richtungen der Urteilstätigkeit zu unterscheiden: die Entscheidung über streitige tatsächliche Behauptungen, und die Beurteilung der festgestellten Tatsachen. Sofern aber, und zwar nach beiden Richtungen hin, teils Rechtsfragen, teils Fragen anderer Art in Betracht kommen, unterscheiden wir: Tatfrage und Rechtsfrage.

---

[6]) Über diese vielbehandelte Frage vgl. die Literaturangaben bei Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts § 14.

[7]) S. oben § 44 IV 2 b.

§ 57.

Succeſſive Erledigung des Prozeßſtoffes.[1])

I. Das Endurteil, das den *geſamten* Prozeßſtoff zu umfaſſen hat, kann *vorbereitet* werden durch Zwiſchenurteile, die einzelne — für die Endentſcheidung über den Klaganſpruch relevante — Streitpunkte in bindender Weiſe (ZPO. § 318) erledigen und damit einen Teil der Gründe, auf denen ſich das Endurteil aufbauen ſoll, im voraus feſtlegen. Man kann ſie (im Unterſchied von anderen Zwiſchenurteilen, ſo insbeſondere von den einen Zwiſchenſtreit entſcheidenden) *vorentſcheidende Zwiſchenurteile nennen*.

II. Derartige Zwiſchenurteile ſind:

1. Die Vorabentſcheidung über den „*Grund* des Anſpruches". ZPO. § 304. (Das Geſetz ſelbſt bedient ſich allerdings hier des Ausdruckes „Zwiſchenurteil" nicht.) Iſt ſowohl das Beſtehen des Anſpruches, wie der Umfang der geſchuldeten Leiſtung ſtreitig, ſo kann das Gericht über das Beſtehen des Anſpruches vorabentſcheiden, ſo daß das weitere Verfahren nur noch „den Betrag" des Anſpruches zum Gegenſtande hat. Weil aber das Verfahren über den Betrag zwecklos wäre, wenn ſich der Anſpruch als unbegründet erwieſe, ſo ſoll dieſes in der Regel nicht eher beginnen, als bis der Grund des Anſpruches *endgültig* feſtgeſtellt iſt: die Entſcheidung, die den Anſpruch ſeinem Grunde nach feſtſtellt, iſt ſelbſtändig durch Rechtsmittel anfechtbar, wie ein Endurteil, und es ſoll in der Regel bis zu ihrer formellen Rechtskraft mit der Verhandlung über den Betrag gewartet werden; doch kann das Gericht auf Antrag auch anordnen, daß ſie ſchon vorher ſtattfinde, ſelbſtverſtändlich in der Erwartung, daß ſeine Entſcheidung nicht angefochten oder, wenn angefochten, in der höheren Inſtanz beſtätigt werden würde.

Danach kann es aber ſein, daß, nachdem ſchon die Entſcheidung über den Betrag des Anſpruches ergangen und ſogar rechtskräftig geworden iſt, in höherer Inſtanz die Entſcheidung über den Grund des Anſpruches aufgehoben und die Klage abgewieſen wird. Mit der Rechtskraft dieſer Entſcheidung wird dann ohne weiteres die Verurteilung des Beklagten hinfällig.[2])

Eine Abweiſung der Klage iſt übrigens auch noch möglich, nachdem der Anſpruch ſeinem Grunde nach feſtgeſtellt iſt, wenn nämlich der Betrag des Anſpruches gleich Null iſt; z. B. es läßt ſich ein Schaden nicht ermitteln; oder der Beklagte iſt für verpflichtet erklärt, den Reingewinn eines Geſchäftes mit dem Kläger zu teilen, hinterher ergibt ſich, daß ein Reingewinn nicht gemacht iſt. Auch im Fall einer Verſäumnis des Klägers (ZPO. §§ 347, 330) iſt noch Klagabweiſung möglich, vgl. unten § 93.

---

[1]) *Komment.* zu ZPO. §§ 146, 303, 304. *Planck* § 76 IV 2. *Schmidt* § 94. *Wach*, Vorträge S. 112 ff.; Enquête S. 113 ff. *Krämel*, Arch. f. ziv. Praz. Bd. 66 S. 314 ff. *Haas*, Gruchot Bd. 34 S. 336 ff. *Schmidt-Barbeleben*, Gruchot Bd. 47 S. 588 ff.

[2]) Vgl. auch *Komment.* zu ZPO. § 275.

Nicht iſt eine Vorabentſcheidung im Sinne des § 304 über eine zur Aufrechnung verſtellte Gegenforderung ſtatthaft.[2])

Grund des Anſpruches bedeutet hier nicht — wie ſonſt — nur den Entſtehungsgrund des Anſpruches; vielmehr umfaßt die „Verhandlung über den Grund des Anſpruches" auch alle Einwendungen gegen ſein Beſtehen.[4])

Etwas Beſonderes gilt auch hier für die Eventualaufrechnung; da ſie nämlich zu ihrer Wirkſamkeit vorausſetzt, daß der Anſpruch an ſich begründet ſei, ſo gehört ſie in die Verhandlung über den Betrag des Anſpruches.[5])

Die Unterſcheidung von Grund und Betrag des Anſpruches iſt nicht immer zweifellos. Gehört es, bei einer Klage auf Schadenerſatz, zum Grunde des Anſpruches, daß überhaupt ein Schaden eingetreten iſt? Es wird allerdings zur Feſtſtellung der Erſatzpflicht genügen, daß, nach dem regelmäßigen Gang der Dinge, der Eintritt eines Schadens anzunehmen iſt; wenn anderſeits aber dargetan wird, daß ein Schaden nicht eingetreten iſt, ſo kann auch eine Erſatzpflicht nicht feſtgeſtellt werden. — Gehört es zum Grunde des Anſpruches, daß ein Kauſalzuſammenhang zwiſchen dem zu vertretenden Umſtand und dem Schaden beſtehe, oder daß dem Beklagten kein überwiegendes Verſchulden zur Laſt falle? (BGB. § 254.) Es kommt darauf an, ob davon, nach der Behauptung des Beklagten, nur die Höhe des Schadens oder das Vorhandenſein eines Schadens überhaupt abhängig ſein ſoll. Jedenfalls iſt es möglich, daß davon nur der Umfang des Schadens abhängt, und der Beklagte kann daher noch in der Verhandlung über den Betrag den Mangel des Kauſalzuſammenhangs oder ein überwiegendes Verſchulden des Klägers geltend machen, ſelbſt wenn das Ergebnis wäre, daß ein Schaden überhaupt nicht vorhanden iſt.

Seine häufigſte Anwendung findet § 304 bei Schadenerſatzanſprüchen, iſt aber auch in mannigfachen anderen Fällen anwendbar (z. B. bei Erbſchaftsanſprüchen). Anwendbar iſt er auch bei Feſtſtellungsklagen, wenn nicht bloß die Exiſtenz, ſondern auch der Umfang eines Rechtsverhältniſſes feſtgeſtellt werden ſoll.

2. Iſt ein einzelnes ſelbſtändiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel zur Entſcheidung reif, ſo kann darüber — nach ſeinem Ermeſſen — das Gericht durch Zwiſchenurteil entſcheiden. ZPO. § 303.[6])

Über den Begriff des „ſelbſtändigen Angriffs- und Verteidigungsmittels" ſ. oben § 39. Selbſtändigkeit iſt in zweifachem Sinne erforderlich: a) es muß ſich um eine tatſächliche Behauptung handeln, die nicht bloß als Beſtreitung einer gegneriſchen Behauptung erheblich iſt; und b) es muß der behaupteten Tatſache eine für die Entſcheidung über den Klaganſpruch erhebliche Wirkung zukommen. Der Gegenſtand des Zwiſchenurteiles kann alſo ein mehr oder weniger begrenzter ſein, und danach beſtimmt ſich die Tragweite desſelben. (Das Zwiſchenurteil kann ſich z. B. auf einen von mehreren Klaggründen[7]) oder Einreden beziehen, aber auch nur auf ein ſelbſtändiges Stück des Klag- oder Einredegrundes, z. B. auf die Frage der Sachlegitimation oder die Gültigkeit eines Rechtsgeſchäftes u. ſ. w.)

---

[2]) ERG. Bd. 6 Nr. 132, Bd. 12 Nr. 101.

[4]) S. z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 104, Bd. 11 Nr. 102, Bd. 31 Nr. 83.

[5]) Der gegenteiligen Auffaſſung ERG. Bd. 52 Nr. 8; vgl. auch Schmidt-Barbeleben a. a. O. S. 627 ff. — Aber geſetzt, es wäre auf Grund des § 145 ZPO. Trennung der Verhandlung angeordnet — wo würde dann nach § 302 ZPO. die Aufrechnung vorzubehalten ſein? In dem Urteil über den Grund oder nicht vielmehr in dem Urteil über den Betrag des Anſpruches?

[6]) S. N. 1; vgl. auch Hergenhahn, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 79 S. 108 ff.

[7]) S. z. B. ERG. Bd. 42 Nr. 102.

Ein Feſtſtellungsurteil aber, das auf eine Zwiſchenfeſtſtellungsklage (§ 280) ergeht, iſt nicht Zwiſchenurteil, ſondern Teilurteil im Sinne des § 301; ſ. unten § 109.

III. An die in einem Zwiſchenurteil enthaltene Entſcheidung (nicht an ihre Begründung) iſt das Gericht gebunden (ZPO. § 318). Worüber in einem Zwiſchenurteil entſchieden iſt, das iſt für dieſe Inſtanz erledigt, und es iſt in dieſer Inſtanz kein Vorbringen mehr zuläſſig, das auf den erledigten Prozeßſtoff Bezug hat.

Es beſteht aber zwiſchen einem vorabentſcheidenden Zwiſchenurteil über den Grund des Anſpruchs, im Sinne des § 304, und einem Zwiſchenurteil über ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne des § 303 ein wichtiger Unterſchied inſofern, als ein Zwiſchenurteil im Sinne des § 304 ſelbſtändig durch Rechtsmittel anfechtbar iſt, ein Zwiſchenurteil im Sinne des § 303 aber nur mittelbar durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden kann (ZPO. §§ 512, 548). Eben darum muß das Gericht klar zum Ausdruck bringen, ob ein Zwiſchenurteil im einen oder im anderen Sinne gemeint iſt.

Ihrem Inhalte nach iſt die in einem Zwiſchenurteil enthaltene Vorentſcheidung ſtets eine Feſtſtellung.

Die Feſtſtellung, daß der Anſpruch ſeinem Grunde nach beſtehe, daß eine Einrede unbegründet ſei u. ſ. w.

IV. Wie aber abgeſondert über den Grund des Anſpruchs oder über ein ſelbſtändiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel entſchieden werden kann, ſo kann auch das Gericht anordnen, daß ſchon die Verhandlung auf den Grund des Anſpruchs, oder auf eines oder einige von mehreren ſelbſtändigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln zu beſchränken ſei. ZPO. § 146.

Daß ſie auf den Grund des Anſpruchs (im Unterſchied von ſeinem Betrag) beſchränkt werden kann, iſt in § 146 nicht ausdrücklich geſagt, folgt aber von ſelbſt daraus, daß die Verhandlung auch auf einige Angriffs- oder Verteidigungsmittel beſchränkt werden kann.

Beſchränkte Verhandlung und vorentſcheidendes Zwiſchenurteil ſind aber nicht notwendig miteinander verbunden; trotz beſchränkter Verhandlung kann das Gericht von der Erlaſſung eines Zwiſchenurteiles abſehen und ein Zwiſchenurteil kann erlaſſen werden, ohne daß die Verhandlung beſchränkt worden wäre.[8]) Die beſchränkte Verhandlung kann anderſeits gleich zu einer Endentſcheidung führen.

Z. B. die Klage erweiſt ſich als unbegründet, die Einrede der Verjährung greift durch u. ſ. w.

Die Auswahl des beſchränkten Verhandlungsſtoffes iſt Sache des praktiſchen Taktes. (Unter anderem kommt in Betracht das mutmaßliche Ergebnis der Verhandlung, auch der Umfang des Verhandlungs- und Beweismaterials: denn Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die kein weitläufiges Material mit ſich bringen, wird man vorweg zu nehmen ſich leichter entſchließen.)

---

[8]) ERG. Bd. 8 Nr. 104.

V. Durch zweckmäßige Beschränkung des Verhandlungsstoffes und Erlassung vorentscheidender Zwischenurteile kann, in verwickelteren Sachen, das Gericht die Verhandlung vereinfachen, den Prozeßstoff für die Endentscheidung übersichtlicher gestalten, seine Urteilsaufgabe sich erleichtern.

§ 58.[1])

Form des Urteils (insbesondere der Urteilstatbestand). Verkündung des Urteils.

I. Für alle Urteile, Zwischenurteile wie Endurteile, gelten bestimmte Form vorschriften.

1. Ein jedes Urteil muß enthalten (§ 313):

1) die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozeßbevollmächtigten, nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Gewerbe;

2) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Fällung des Urteils mitgewirkt haben;

3) einen „Tatbestand";

4) Entscheidungsgründe;

5) die Urteilsformel.

2. Die „Urteilsformel" enthält die Entscheidung (darüber oben § 54). Die „Entscheidungsgründe" sollen die Gründe darlegen, welche das Gericht in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu seiner Entscheidung bestimmt haben (darüber oben §§ 44 IV,[2]) 55); im Tatbestande faßt das Gericht den Prozeßstoff zusammen, der seiner Entscheidung zu Grunde liegt.

3. Die Urteilsformel muß äußerlich von Tatbestand und Entscheidungsgründen gesondert sein. Eine Sonderung von Tatbestand und Entscheidungsgründen ist nicht vorgeschrieben,[3]) aber empfehlenswert.

4. Die Urteilsformel kann dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen vorangehen oder ihnen nachfolgen.

Insoweit sich die Endentscheidung auf ein Zwischenurteil gründet, bedarf sie keines weiteren Tatbestandes und keiner weiteren Begründung mehr. Die Bezugnahme auf das Zwischenurteil genügt. Es ist sogar eine vom Zwischenurteil abweichende Begründung in tatsächlicher Hinsicht unmöglich, weil eine weitere Erörterung des erledigten Streitpunktes nicht zulässig ist; wohl aber kann im Endurteil der in dem Zwischenurteil enthaltenen Entscheidung eine neue rechtliche Begründung gegeben werden. Vgl. oben § 57 III.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 313 ff. Planck § 77 III. Schmidt § 74 III 3, § 91 III. Aus der ziemlich reichhaltigen Literatur (Zusammenstellung z. B. bei Seuffert zu § 313): Wengler, Tatbestand des Zivilurteils (1884). Ferner Daubenspeck, Referat, Votum und Urteil (7. Aufl. 1899) 3. und 4. Abschnitt.

[2]) Dazu vgl. noch ERG. Bd. 4 Nr. 60, Bd. 6 Nr. 44.

[3]) Dazu s. ERG. Bd. 2 Nr. 110, 123.

II. Insbesondere der Tatbestand.

Der Tatbestand ist „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge". ZPO. § 313 Nr. 3.

1. Er soll den gesamten Prozeßstoff zur Darstellung bringen; also außer den Anträgen der Parteien ihre tatsächlichen Behauptungen, ihre Beweisantretungen, ihre Erklärungen auf das Vorbringen des Gegners, das Ergebnis der Beweisaufnahmen (die Aussagen der Zeugen, den Inhalt von Urkunden u. s. w.). Die Beweiswürdigung hingegen gehört nicht in den Tatbestand, sondern in die Urteilsbegründung.

2. Alle wesentlichen Parteibehauptungen soll er aufnehmen, nicht aber bloß diejenigen, die das Gericht für wesentlich hält, sondern alle diejenigen, welche die Parteien als für die Entscheidung wesentlich vorgebracht haben.

Denn daß eine vom Gericht nicht für wesentlich erachtete Tatsache behauptet ist, kann für die Nachprüfung des Urteils in höherer Instanz von Bedeutung werden.

Ob auch die Beweisantretungen im Tatbestand zu erwähnen sind, ist nicht unbestritten; ihrer besonderen Hervorhebung bedarf es zwar wohl insoweit nicht, als ihnen durch Beweisaufnahme entsprochen ist, zumal, wenn diese durch Beweisbeschluß (§ 359 Nr. 3) angeordnet war; dagegen kann es für die Nachprüfung des Urteils in höherer Instanz von Bedeutung werden, daß ein Beweis angetreten, aber nicht aufgenommen worden ist.

3. Der Tatbestand darf namentlich keinen Zweifel darüber lassen, was bestritten, was ausdrücklich zugestanden, worüber vom Gegner eine Erklärung nicht abgegeben ist. Denn davon hängt möglicherweise der Ausgang des ganzen Prozesses ab. (Vgl. oben § 35 IV.)

Die Tatsachen, worüber die Parteien einverstanden sind, pflegt man in direkter Rede darzustellen.

4. Der Tatbestand soll den Prozeßstoff wiedergeben, wie er sich bis zum Schlusse der Verhandlung gestaltet hat, auf die das Urteil ergeht.

Ein zulässigerweise zurückgenommenes Vorbringen ist also nicht in den Tatbestand aufzunehmen; ebensowenig eine Eideszuschiebung, die nicht entsprechend der Vorschrift des § 454 ZPO. wiederholt worden ist. Ist ein ursprüngliches Vorbringen oder ist eine Erklärung über das Vorbringen des Gegners geändert, so bedarf dies ausdrücklicher Erwähnung nur in dem Falle, daß die Zulässigkeit der Änderung streitig ist. Das Gleiche gilt für die Anträge.

5. Erleichtern kann sich das Gericht die Abfassung des Tatbestandes durch Bezugnahme auf das Sitzungsprotokoll, einschließlich seiner Anlagen; namentlich gilt das für die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen, für den Inhalt von Urkunden, ZPO. § 313[2]. Und auch eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze ist nicht ausgeschlossen (namentlich wenn es sich um Rechnungen, Kostenanschläge, Vermögensverzeichnisse und dergl. handelt). Aber die Abfassung

eines in sich vollständigen und verständlichen Tatbestandes soll die Regel bilden.

Eine allgemein gehaltene Bezugnahme ist jedenfalls unzulässig; und nie darf der Tatbestand einen Zweifel darüber lassen, was in Wirklichkeit mündlich vorgetragen worden ist.[4])

Zur Unterstützung seines Gedächtnisses ist es übrigens dem Richter nicht verwehrt, sich bei der Verhandlung Notizen zu machen und diesen Auszüge aus den vorbereitenden Schriftsätzen zu Grunde zu legen.

6. Der Tatbestand soll eine gedrängte Darstellung geben. Derjenige Tatbestand ist der beste, der die beste Übersicht über den Prozeßstoff gewährt.

Die Abfassung eines guten Tatbestandes ist keine ganz leichte Kunst, die geübt und gelernt sein will.

7. Im Tatbestand beurkundet das Gericht den Inhalt der mündlichen Parteiverhandlung: er liefert Beweis für das mündliche Vorbringen der Parteien.

a) Der Tatbestand liefert Beweis, daß die Parteien das vorgebracht haben, was er als vorgebracht beurkundet, und daß sie nichts anderes vorgebracht haben. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll (ZPO. § 160 Nr. 1—4) entkräftet werden. Ein anderer Gegenbeweis ist (entgegen der sonst für die Beweiskraft öffentlicher Urkunden geltenden Regel des § 415) ausgeschlossen. ZPO. § 314.

b) Berichtigung des Tatbestandes.

Die Parteien können in einer bestimmten Frist (ZPO. § 320[1] [2], vgl. § 316) die Berichtigung eines inhaltlich unrichtigen, unvollständigen, dunkeln oder widerspruchsvollen Tatbestandes durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragen.

Der Schriftsatz muß den in § 320[2] bezeichneten Inhalt haben.

Die Entscheidung erfolgt auf Grund mündlicher Verhandlung. Dieselbe hat nur die im Antrag bezeichnete Berichtigung zum Gegenstand.

Eine Beweisaufnahme ist aber, da der Tatbestand nur durch das Protokoll widerlegt werden kann, ausgeschlossen. ZPO. § 320[4].

c) Es ist das Gericht, von welchem die Beurkundung im Tatbestand ausgeht, und zwar beurkundet es auf Grund eigener Erinnerung. Daher wird auch bei Meinungsverschiedenheit der Tatbestand durch Mehrheitsbeschluß festgestellt und über einen Berichtigungsantrag durch Mehrheitsbeschluß entschieden, und zwar können bei dieser Entscheidung nur diejenigen Richter mitwirken, welche bei dem Urteil mitgewirkt haben. Auch Einverständnis der Parteien gibt keinen Anspruch auf Berichtigung.[5])

---

[4]) S. z. B. ERG. Bd. 2 Nr. 117, Bd. 4 Nr. 53, Nr. 126, Bd. 6 Nr. 104.

[5]) In ERG. Bd. 4 Nr. 120 (S. 421) ist allerdings beiläufig gesagt, Einverständnis der Parteien mache jeden Gegenbeweis entbehrlich.

Bei Verhinderung eines Richters kann Stimmengleichheit entstehen; dann gibt die Stimme des Vorsitzenden, bei dessen Verhinderung die des ältesten Richters den Ausschlag. § 320⁴.

d) Die Entscheidung über den Antrag (die auch in Abwesenheit einer der Parteien ergehen kann) ist nicht selbst wiederum ein Urteil, sie erfolgt in Form eines Beschlusses, der unanfechtbar ist.

Die beschlossene Berichtigung wird zum Bestandteil des Urteils. Der Berichtigungsbeschluß wird auf dem Urteil und den Ausfertigungen bemerkt. § 320⁴.

e) Die Berichtigung des Tatbestandes führt nicht zu einer Änderung des sonstigen Inhaltes des Urteils, ZPO. § 320⁵, § 318. Es kann folglich ein Widerspruch zwischen Tatbestand und Entscheidung entstehen, gegen den nur ein Rechtsmittel helfen kann. Es kann sich aber auch infolge der Tatbestandsberichtigung die Entscheidung als unvollständig herausstellen und dann kann ihre Ergänzung verlangt werden.

Auf der anderen Seite: ist ein von einer Partei erhobener Anspruch auch im Tatbestand übergangen, so kann die Ergänzung der Entscheidung erst verlangt werden, nachdem der Tatbestand berichtigt ist. ZPO. § 321.

8. Eine „exposition sommaire des points de fait et de droit" erfordert auch der Code de procédure civile, deren Abfassung aber erfolgt auf Grund der „qualités signifiées entre les parties". Erhebt eine Partei Widerspruch gegen die ihr vom Gegner zugestellten „Qualitäten", so entscheidet der Vorsitzende. Code de procéd. civ. art. 141—145.

Daß die im Tatbestand prinzipiell auf Grund der eigenen Erinnerung des Gerichtes bewirkte Beurkundung eine unsichere sei, ist eines der Hauptbedenken, die man gegen das Prinzip der Mündlichkeit geltend gemacht hat; durch die Erfahrung scheint es nicht bestätigt zu werden.[6])

III. Für alle Bestandteile des Urteils — auch für die Entscheidung — gilt: daß offenbare Irrtümer nur des Ausdruckes (namentlich Schreib- und Rechnungsfehler) jederzeit vom Gerichte, auch von Amts wegen, zu berichtigen sind. ZPO. § 319¹.[7])

Ein Rechnungsfehler kann sich insbesondere noch nachträglich infolge einer Berichtigung des Tatbestandes ergeben.

Der Fehler (namentlich ein Rechnungsfehler) kann auch durch ein Versehen der Partei veranlaßt sein. Eine Berichtigung ist aber nur zulässig, wenn auch für das Gericht der durch das Parteiversehen veranlaßte Fehler nur ein Fehler im Ausdruck ist.

Über die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden; der Berichtigungsbeschluß wird auf dem Urteil und den Ausfertigungen bemerkt. Die Zurückweisung eines Berichtigungsantrages ist unanfechtbar, der Berichtigungsbeschluß mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. § 319²·³.

IV. Das Urteil ist schriftlich abzufassen. Es ist (in seiner vollständigen Form) von den Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. § 315¹ S. 1.

---

[6]) Wach, Enquête S. 134 ff.

[7]) Darüber ausführlich ERG. Bd. 23 Nr. 95. Schultzenstein, Z. Bd. 15 S. 74 ff.

Ist ein Richter an der Unterschrift verhindert (dauernd oder vorübergehend, z. B. er ist krank oder tot oder pensioniert), so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden, bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter bemerkt. § 315[1] S. 2.

Unterschrieben wird nur das Original des Urteils, das bei den Gerichtsakten verbleibt.

Die Urschrift des Urteils ist dem Protokolle beizufügen, wenn es nicht in dieses selbst aufgenommen ist. ZPO. § 159 Nr. 5.

V. Seine rechtliche Existenz, Wirksamkeit nach außen hin, erlangt aber das Urteil mit seiner mündlichen Kundgabe, seiner „Verkündung". Diese erfolgt in dem Termine selbst, in dem die mündliche Verhandlung geschlossen wird oder in einem sofort anzuberaumenden besonderen Verkündungstermine. ZPO. § 310.

Der Tag der Verkündung ist vom Gerichtschreiber auf dem Urteil zu bemerken und durch seine Unterschrift zu beurkunden. § 315[3].

1. Zur Verkündung gehört notwendig nur die Verkündung der Urteilsformel. Und zwar ist diese der Regel nach zu verlesen. Versäumnisurteile, Urteile auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes — also nicht kontradiktorische Urteile — können auch frei verkündet werden, bevor noch die Urteilsformel schriftlich abgefaßt ist. ZPO. § 311[1].

Ebenso Urteile, welche die Folge einer Klagrücknahme aussprechen (vgl. unten § 90) und Läuterungsurteile (vgl. unten § 60).

Die Verkündung der Entscheidungsgründe steht im Ermessen des Gerichts; sie kann durch Vorlesung oder mündliche Mitteilung des wesentlichen Inhalts geschehen. § 311[3].

2. Die Verkündung geschieht durch den Vorsitzenden. ZPO. § 136.

3. Die Verkündung wirkt auch gegenüber einer nicht erschienenen Partei. Sie erfolgt und ist wirksam, auch wenn beide Parteien nicht anwesend sind. ZPO. § 312.

4. Die Parteien können von dem Urteil Gebrauch machen, können insbesondere auf Grund desselben das Verfahren fortsetzen, sobald es verkündet ist. Doch ist der Eintritt gewisser Wirkungen von der Zustellung des verkündeten Urteils abhängig. ZPO. § 312[2]. (Vgl. unten § 65 II.)

5. Mit der Verkündung ist bereits das Urteil existent und es kann jetzt nur durch ein Rechtsmittel beseitigt werden.

Das gilt auch für den Fall, daß seine vollständige schriftliche Abfassung unmöglich wird, weil der Einzelrichter oder sämtliche Kollegialrichter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, daran verhindert sind. ZPO. § 315[1]. Nach anderer Meinung muß in solchem Fall zur Erwirkung eines neuen Urteils die Verhandlung wiederholt werden.

6. Ausfertigungen und Auszüge der Urteile sind vom Gerichtschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. Es dürfen aber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften nicht erteilt werden, solange nicht das Urteil verkündet und unterschrieben ist. ZPO. § 317; vgl. § 299[1].

Ausfertigungen sind in Preußen mit der Eingangsformel „Im Namen des Königs" zu versehen (Verf.-Urk. Art. 86[2]); beim Reichsgericht lautet die Eingangsformel: „Im Namen des Reichs" (Gesch.-Ordn. d. RG. vom 2. April 1880 § 17).

7. Zur Zeit der Verkündung braucht nach dem Gesagten (§ 311) das Urteil noch nicht vollständig schriftlich abgefaßt zu sein.

Seine Fertigstellung erfahren die Parteien durch ein Verzeichnis der verkündeten und unterschriebenen Urteile, das vom Gerichtschreiber zusammenzustellen ist und an bestimmten von dem Vorsitzenden im voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtschreiberei aufgehängt wird. ZPO. § 316[1].

Der Tag des Aushangs ist von Bedeutung für die Frist, innerhalb deren ein Antrag auf Tatbestandsberichtigung zulässig ist, ZPO. § 320[2]; er ist darum vom Gerichtschreiber auf dem Urteil zu bemerken und durch seine Unterschrift zu beurkunden. § 316[3].

VI. Sowohl für die Verkündung (wenn sie nicht gleich nach Schluß der Verhandlung erfolgt) wie die vollständige Abfassung des Urteiles sind bestimmte Fristen gesetzt.

Der Verkündungstermin ist nicht über eine Woche hinaus anzuberaumen. ZPO. § 310. Und war das Urteil bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt, so ist es in vollständiger Fassung vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung dem Gerichtschreiber zu übergeben. ZPO. § 315[2].

§ 59.

Bindende Kraft der Entscheidung.[1])

I. Die in einem Urteil enthaltene Entscheidung ist, sobald das Urteil verkündet ist (vgl. oben § 58), für das Gericht bindend; das Gericht kann sie nun nicht mehr abändern. ZPO. § 318.

Abgesehen von der Berichtigung offenbarer Irrtümer im Ausdruck, ZPO. § 319 (vgl. oben § 58 III).

Wohl aber kann sie, sofern ein Rechtsmittel gegen das Urteil zulässig ist, noch durch ein übergeordnetes Gericht abgeändert werden. Ist auch die Abänderung durch ein übergeordnetes Gericht nicht möglich, so ist das Urteil „rechtskräftig". „Formelle Rechtskraft" eines Urteiles bedeutet hienach seine völlige Unabänderlichkeit.[2])

Von ihr unterscheiden wir die „materielle Rechtskraft" als Wirkung des Urteils, worüber unten § 61.

1. Ist also gegen ein Urteil überhaupt kein Rechtsmittel zulässig (wie gegen ein Urteil des Reichsgerichts oder ein landgerichtliches Urteil in der Berufungsinstanz), so ist es gleich mit seiner Verkündung rechtskräftig.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 318, 705. Planck § 53. Schmidt § 98.

[2]) Dabei ist zu beachten, daß es auch eine mittelbare Anfechtbarkeit gibt: ZPO. §§ 512, 548; vgl. unten § 98.

2. Ein Urteil, das durch ein Rechtsmittel anfechtbar ist, wird rechtskräftig mit Ablauf der für seine Einlegung bestimmten Frist; die Einlegung des Rechtsmittels hemmt seine Rechtskraft. ZPO. § 705. Vgl. im übrigen unten §§ 97, 98.

II. Ein Versäumnisurteil kann noch abgeändert werden, sofern der Einspruch dagegen zulässig ist, da dieser den Prozeß in die Lage zurückversetzt, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand (ZPO. §§ 342, 343). Die Rechtskraft eines Versäumnisurteiles ist daher von der Zulässigkeit des Einspruches abhängig (ZPO. § 705, darüber s. unten § 94).

III. Unzulässig wird ein Rechtsmittel (und ebenso der Einspruch) auch durch Verzicht und durch Rücknahme. ZPO. §§ 346, 514, 515, 566, beachte aber § 521. Vgl. unten § 98.

§ 60.

Eidesurteil.[1])

I. Wenn die Leistung eines Parteieides durch Urteil angeordnet wird, so vollzieht sich die Entscheidung in zwei Urteilsakten: dem Eidesurteil, dem bedingten Endurteil, muß dann nämlich noch ein unbedingtes Endurteil, ein sogen. „Läuterungsurteil", nachfolgen. ZPO. §§ 460, 462, 477.

1. In dem bedingten Urteil ist festzustellen:

1) die Eidesnorm;

2) die Folge sowohl der Leistung wie der Nichtleistung des Eides, und zwar so genau, als es der Sachlage nach möglich ist. § 462[1].

Es dürfen z. B. die Folgen einer nur teilweisen Leistung oder Nichtleistung außer Betracht bleiben.

2. Der Eintritt dieser Folge wird durch das Läuterungsurteil ausgesprochen. ZPO. § 462[2].

3. Das bedingte Urteil darf die Endentscheidung aber auch nur von der Leistung oder Nichtleistung eines oder auch mehrerer Eide abhängig machen; es darf nicht für den Fall der Leistung oder Nichtleistung eines Eides einen Beweisbeschluß oder ein weiteres Eidesurteil vorbehalten.[2])

Die mehreren Eide können alternativ angeordnet sein (z. B. zurückgeschobene Eide über mehrere Einwendungen, von denen schon eine zur Abweisung der Klage ausreicht) oder kumulativ (z. B. zugeschobene Eide über mehrere Klaggründe oder Einwendungen, oder zurückgeschobener Eid über den Klaggrund und zugeschobener über eine Einwendung) oder sie können im Präjudizialitätsverhältnis zueinander stehen (z. B. auf den Eid des Klägers über eine Einredetatsache kommt es nur an, wenn

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 460, 462, 477. Planck § 127 IV ff. Schmidt § 85 IV. Hergenhahn, Z. 15 S. 1 ff. (daselbst S. 2 weitere Literaturangaben).

[2]) ERG. Bd. 7 Nr. 127 (vereinigte Zivilsenate).

der Beklagte einen Eid über eine Klagtatsache nicht leistet). Daß die Sache durch die Anordnung mehrerer Eide besonders verwickelt wird, ist übrigens kein genügender Grund, von der Feststellung der Folgen abzusehen.

II. Zur Leistung des Eides kommt es erst, nachdem das Eidesurteil **rechtskräftig** geworden ist. ZPO. § 460 Satz 2.

Denn die Form des Endurteils hat gerade den Zweck, unerhebliche oder sich widersprechende Eide zu vermeiden.

Anderseits sollen durch die Form des Endurteils den Parteien die gegen Endurteile zulässigen Rechtsmittel ermöglicht werden.

Daraus folgt: daß die Anordnung des Eides auch durch solche **Zwischenurteile** zulässig ist, die in Hinsicht auf ihre Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellt sind; so namentlich durch Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs, ZPO. § 304,[3]) durch Zwischenurteil über prozeßhindernde Einreden, ZPO. § 275.

III. Dem **Läuterungsurteil** muß eine **mündliche** Verhandlung vorausgehen, die sich aber **nur** auf die Frage der Leistung oder Nichtleistung des Eides und auf deren Folgen beziehen kann; auch nachträglich entstandene Einwendungen können in derselben nicht geltend gemacht werden.[4])

Das folgt daraus, daß das Eidesurteil bedingtes **Endurteil** ist und darum gleich den ganzen Prozeßstoff erledigt.

Für die nachträglich entstandenen Einwendungen bleibt der Weg der Klage nach ZPO. § 767.

Aus dem gleichen Grunde ist auch ein Versäumnisverfahren nach ZPO. §§ 330 ff. nicht mehr möglich; vgl. unten § 93.

§ 61.

Die Wirkungen des Endurteils (Vollstreckbarkeit und materielle Rechtskraft).

Zwei Wirkungen sind es, die dem Urteil seine rechtliche Bedeutung verleihen: A. die Vollstreckbarkeit (in einem gleich zu erläuternden weiteren Sinne) und B. materielle Rechtskraft.

A. **Vollstreckbarkeit.**[1])

I. Sie kann nur einem Urteile zukommen, das einen **vollstreckungsfähigen Inhalt** hat.

1. Vollstreckungsfähigen Inhalt hat ein Urteil, das den Beklagten zu einer dem Kläger geschuldeten Leistung „verurteilt". Die Verurteilung gibt dem Kläger die Befugnis, diese Leistung von dem Beklagten mit staatlicher Hilfe zu erzwingen.

---

[3]) **Seuffert**, Z. Bd. 7 S. 17 ff. **H. Meyer**, Z. Bd. 16 S. 533 ff. RG. in Gruchot Bd. 33 S. 1167.

[4]) ERG. Bd. 17 Nr. 84. (Vgl. auch Bd. 42 Nr. 92: Vorbringen neuer Ehescheidungsgründe, ZPO. §§ 614, 616.)

[1]) **Komment.** zu ZPO. § 704 und Vorbemerk. **Planck** § 169. **Schmidt** § 96. Im übrigen vgl. unten die Lehre von der Zwangsvollstreckung.

Einer Zwangsvollstreckung bedarf es natürlich nur dann, wenn der Beklagte auch jetzt noch nicht freiwillig den Kläger befriedigt; aber jedenfalls ist die Vollstreckbarkeit, die darin gelegene Androhung des Zwanges, für sich allein schon ein wirksames Mittel, den Beklagten zur Erfüllung zu bestimmen. Eben um der Vollstreckbarkeit willen stellt unter Umständen das bürgerliche Recht, im Verhältnis zu anderen Gläubigern, die rechtskräftige Verurteilung der Erfüllung gleich: BGB. §§ 1973, 1989, 1991.

2. Geht der Anspruch des Klägers auf einen Rechtserfolg, so verknüpft sich mit dem vollstreckbaren Urteile, daß der Erfolg eintreten solle, gleich auch ihr wirklicher Eintritt, so daß, wenn sonst dazu eine Erklärung des Beklagten erforderlich wäre, diese nunmehr überflüssig wird; sogen. konstitutive Urteile.[2]) ZPO. §§ 894—897. (Vgl. oben § 17 II.)

Wenn also von „Vollstreckbarkeit" des Urteils geredet wird, so ist das in einem weiteren Sinne zu verstehen; denn nicht immer ist dabei an eigentliches Vollstreckungsverfahren zu denken.

Beispiele. Es handelt sich für den Kläger um einen Rechtserwerb: um die Abtretung eines Forderungsrechtes oder Eintragung eines Rechts im Grundbuch; oder um die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses: um die Aufhebung eines ehelichen Güterrechtsverhältnisses, BGB. § 1418 vgl. § 1425, §§ 1470, 1496, 1542 vgl. §§ 1548, 1549, oder die Löschung eines Rechtes im Grundbuch oder die Scheidung einer Ehe.

Unter prozessualem Gesichtspunkte ist m. E. ein Unterschied nicht wahrzunehmen zwischen einem Urteile, das eine fehlende Willenserklärung ergänzt oder das eine Gemeinschaft aufhebt oder eine Ehe scheidet; und folglich auch nicht ein Unterschied zwischen den zu Grunde liegenden „Ansprüchen". Besteht materiellrechtlich ein Unterschied zwischen einem „Kannrecht" und einem Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung, so wäre doch zu sagen, daß auch letzterer sich durch seine Geltendmachung im Prozeß in ein „Kannrecht" verwandelt.

Von geringer Bedeutung ist die Frage, ob das „konstitutive" Urteil als gleichgeordnet der Verurteilung und dem Feststellungsurteile zur Seite zu stellen sei. Wieder von prozessualem Standpunkte aus erscheint es richtiger, das konstitutive Urteil als Unterart des vollstreckbaren, als eines auf einen Erfolg (gleichviel ob einen tatsächlichen oder rechtlichen) gerichteten Urteils, aufzufassen, wie ja auch das Gesetz den Begriff der Vollstreckbarkeit auf das konstitutive Urteil ausdehnt.

II. Einem vollstreckungsfähigen Urteile kommt die Vollstreckbarkeit von selber zu, sobald es formell rechtskräftig ist; aber auch ein noch nicht formell rechtskräftiges Urteil kann dadurch vollstreckbar werden, daß es „für vorläufig vollstreckbar erklärt wird", was in gewissen Fällen von Amts wegen, in anderen nur auf Antrag geschieht (ZPO. §§ 708—714). Nur vorläufig vollstreckbar ist die noch nicht rechtskräftige Verurteilung in dem Sinne, daß ihre Aufhebung und also auch die Aufhebung der Zwangsvollstreckung möglich bleibt.

---

[2]) Darüber speziell Hellwig, Anspruch §§ 57 ff. (S. 443 Literaturangaben), Lehrbuch §§ 9, 34, 35, 61, 62. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre (1903) §§ 3, 8. — Konstitutiv kann man ein Urteil insofern nennen, als sich mit ihm der Eintritt einer materiellen Rechtsfolge verknüpft; aber er verknüpft sich mit ihm unmittelbar kraft Gesetzes; es scheint mir nicht notwendig die Annahme einer in dem Urteil enthaltenen auf die Rechtsfolge gerichteten richterlichen Erklärung. Gegen die Auffassung des konstitutiven Urteils als einer besonderen Urteilsart auch Kohler, Z. Bd. 29 S. 9, Hölder, Z. Bd. 29 S. 48. Vgl. unten V (N. 3).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit dient dem Interesse des Klägers an schleuniger Realisierung seines Anspruches; sie ist zugleich ein wirksames Mittel, mißbräuchliche Anfechtung des Urteils zu verhüten; denn ist es vorläufig vollstreckbar, so kann es nun nicht lediglich zu dem Zwecke angefochten werden, seine Vollstreckung hinauszuschieben.

Alles Nähere fällt in die Lehre von der Zwangsvollstreckung.

III. Wenn der Beklagte zu leisten verurteilt ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß er deshalb sich auch die Zwangsvollstreckung gefallen lassen muß; es gibt aber Fälle, in denen die Verurteilung gerade nur darauf geht, daß der Beklagte die Zwangsvollstreckung erdulde; sofern nämlich nicht er der Leistungspflichtige ist, durch die Zwangsvollstreckung aber ein Recht (z. B. Nießbrauch) betroffen wird, das ihm an dem Vermögen zusteht, in welches die Zwangsvollstreckung erfolgen soll. Das bedeutet, daß auch ihm gegenüber die Zwangsvollstreckung zulässig sei (vgl. oben S. 70. ZPO. §§ 737, 739, 748).

Auch hierüber das Nähere in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

IV. Der Regel nach geht die Verurteilung auf sofortige Leistung; unter gewissen Voraussetzungen (§§ 257—259, vgl. oben § 18 III) kann aber auch eine Verurteilung zu künftiger Leistung erfolgen, und dann ist auch die Vollstreckbarkeit aufgeschoben.

V. Von dem verurteilenden Erkenntnis unterscheidet sich das Feststellungsurteil wesentlich dadurch, daß ihm keine Vollstreckbarkeit zukommt, daß seine Wirksamkeit sich auf die materielle Rechtskraft beschränkt.[3])

B.[4]) Die „materielle Rechtskraft" des Urteils bedeutet, daß die in dem Urteil enthaltene Entscheidung für die Parteien in ihrer streitigen

---

[3]) Diese Unterscheidung ist unabhängig von der Annahme eines in der Verurteilung enthaltenen Leistungsbefehles. (Darüber Kisch a. a. O. S. 23 ff.)

Inhaltlich besteht allerdings insofern kein Unterschied zwischen einem verurteilenden Erkenntnis und einem Feststellungsurteil, als sie beide nur die Entscheidung darüber enthalten, ob eine Rechtsbeziehung vorhanden oder nicht vorhanden sei; aber insofern ist von ihnen auch das konstitutive Urteil nicht verschieden.

Verurteilendes Erkenntnis und Feststellungsurteil unterscheiden sich nach ihrer nächsten Wirkung. Ganz anders gestaltet sich das Bild, wenn man die möglichen Einwirkungen des Urteils auf das materielle Rechtsverhältnis ins Auge faßt, wenn man, unter rein materiellrechtlichem Gesichtspunkt, die Frage stellt, welche Folgen für die Gestaltung des materiellen Rechtsverhältnisses das Urteil haben könne. Dann ergeben sich aber außer dem konstitutiven Urteil noch mannigfache andere Urteilskategorien; diesen Nachweis gerade führt das zitierte Buch von Kisch.

Sofern übrigens eine „Verurteilung" nicht vollstreckbar ist (ZPO. § 888[2]), ist das Urteil seinem Wesen nach ein Feststellungsurteil; und umgekehrt ist ein „Feststellungsurteil" seinem Wesen nach ein verurteilendes Erkenntnis, sofern es dazu führen soll, eine Leistung zu erwirken, wenn auch nicht mit Hilfe eines eigentlichen Vollstreckungsverfahrens; s. oben § 18 IV 2 c.

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 322 ff. Planck § 53. Schmidt § 97. Wach, Vorträge S. 133 ff. Die ältere Literatur insbesondere bei Wetzell § 47, Windscheid-Kipp, Lehrbuch d. Pandektenrechts Bd. 1 §§ 129—132. Aus der neueren Literatur namentlich: Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877). R. Schmidt, Klagänderung S. 171 ff. E. Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft nach österr. Recht (1892). O. Bülow, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 S. 1 ff. (1894).

Rechtsbeziehung maßgebend sei: was in dieser Beziehung das Urteil für Recht *erkennt*, das ist Recht unter den Parteien; die Richtigkeit des Inhaltes der Entscheidung kann nicht mehr mit prozessualer Wirksamkeit von einer Partei gegenüber der anderen (auch in einem *künftigen* Prozesse nicht) bestritten werden.

Derselbe Gedanke wird auch so ausgedrückt: das Urteil mache Recht unter den Parteien („res iudicata ius facit inter partes"), — schaffe förmliche Wahrheit — für seine Richtigkeit streite eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung (Code civil art. 1350 no. 3) — sein Inhalt werde als wahr fingiert.

I. Während (vgl. oben § 54 VI) eine Verurteilung nur des Beklagten, nie des Klägers möglich ist, so kann die *materielle Rechtskraft* des Urteils *beiden* Parteien zu gute kommen; wird die Klage als unbegründet abgewiesen, so ist damit zu Gunsten des *Beklagten* festgestellt, daß der geltend gemachte Anspruch nicht bestehe. Und wenn das Urteil (vorläufig) vollstreckbar sein kann, ohne formell rechtskräftig zu sein, so gibt es ohne formelle auch keine materielle Rechtskraft: die materielle Rechtskraft ist nur mit dem formell rechtskräftigen Urteile verknüpft.

Die materielle Rechtskraft ist es allerdings aber auch, die, am letzten Ende, der *Vollstreckbarkeit* ihren *dauernden* Erfolg sichert: durch sie wird die Rückforderung des zur Erfüllung des Urteils Geleisteten und ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Vollstreckung des Urteils ausgeschlossen.

II. *Objektiver* Umfang der materiellen Rechtskraft.

1. Die materielle Rechtskraft des Urteils beschränkt sich auf diejenige Rechtsbeziehung der Parteien, die durch die Klage zum *unmittelbaren Gegenstande* des Rechtsstreites gemacht ist, sie ergreift nicht darüber hinaus das Rechtsverhältnis, aus dem der erhobene Anspruch hervorgeht, noch weniger ein Rechtsverhältnis, welches nur die mittelbare Voraussetzung desselben bildet.

Wenn ein einzelner Anspruch aus einem Mietverhältnisse (z. B. auf Zahlung des Mietzinses), oder wenn ein Eigentumsanspruch (z. B. auf Herausgabe der Sache), oder wenn eine Zinsforderung geltend gemacht ist, so erstreckt sich die materielle Rechtskraft des Urteils *nicht* auf das Mietverhältnis — das Eigentum — die Kapitalsforderung.

Die materielle Rechtskraft der Entscheidung berührt erst recht nicht die dem Anspruch zu Grunde liegenden Tatsachen, nicht die zu deren Beweise benutzten Beweismittel, nicht Einwendungen, nicht Einrederechte des Beklagten, wenn sie auch zur Abweisung der Klage geführt haben.[5])

J. *Binder*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft (1895). K. *Mayer*, Anspruch und Rechtskraft (1896). *Stein*, Über die bindende Kraft richterl. Entscheidungen (1897). O. *Fischer*, Jahrb. f. Dogmat. Bd. 40 S. 151 ff. *Wach* und *Laband*, Zur Lehre von der Rechtskraft (1899). J. Ch. *Schwartz*, Absolute Rechtskraft (Berliner Festgabe f. Dernburg, 1900). A. *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft (1900). *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (1901). *Kisch*, Beiträge zur Urteilslehre (1903).

[5]) S. z. B. ERG. Bd. 7 Nr. 107, Bd. 8 Nr. 105, Bd. 11 Nr. 99, Bd. 50 Nr. 61.

In der gemeinrechtlichen Jurisprudenz war es streitig, ob nur die Entscheidung über den in der Klage geltend gemachten Anspruch, oder ob auch „die Gründe" oder, wie man auch sagte, „die Elemente" dieser Entscheidung, die Entscheidung über „präjudizielle Rechtsverhältnisse", d. h. solche, von denen das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruches abhänge, in Rechtskraft übergingen. Die letztere Ansicht ist zuerst durch v. Savigny[6]) ausführlich begründet worden. Sie wurde hauptsächlich unter dem Gesichtspunkte bekämpft, daß eine so weite Ausdehnung der Rechtskraft dem Willen der Parteien widerspreche, denen es nur um die Entscheidung über den Klaganspruch zu tun sei; aber gerade unter diesem Gesichtspunkte mußte man eine Erweiterung der Rechtskraft auf die präjudiziellen Verhältnisse zulassen, für den Fall, daß sie von einer Partei gewollt und dieser Wille in einem Feststellungsantrage (V.) zum Ausdruck gebracht ist.

2. Die materielle Rechtskraft beschränkt sich auf den nach Grund und Inhalt individualisierten Anspruch. Die Abweisung der Klage steht nicht entgegen der Geltendmachung eines Anspruches mit einem wesentlich anderen Inhalte oder aus einem wesentlich anderen Grunde. Der Grund ist aber ein wesentlich anderer nicht bloß dann, wenn der Anspruch aus einem ganz anderen Vorgang, sondern auch dann, wenn er zwar aus demselben Vorgang, aber unter einem wesentlich anderen juristischen Gesichtspunkt hergeleitet wird.[7])

Z. B. ungerechtfertigte Bereicherung — unerlaubte Handlung — Vertrag. — War eine Forderung dem Kläger als ursprünglich erworbene geltend gemacht, so kann sie später als abgetretene geltend gemacht werden. — Auch hier wird wieder der Begriff des Klaggrundes von Bedeutung; insbesondere kann (nach der oben § 19 II 2 vertretenen Ansicht) die abgewiesene Eigentumsklage von neuem erhoben werden, wenn sie aus einem wesentlich anderen Erwerbsgrunde hergeleitet wird.

Die Geltendmachung einer neuen Tatsache oder gar nur eines neuen Beweismittels macht für sich allein noch nicht den Anspruch zu einem anderen.[8]) Die Klage darf auch nicht etwa unter Vorbehalt besserer Substanziierung abgewiesen werden (vgl. oben § 40 I 1); die billige Rücksichtnahme auf den Beklagten fordert vielmehr, daß die Entscheidung eine endgültige sei.

Wäre es doch geschehen, so hätte freilich die Entscheidung keine materielle Rechtskraft.[9])

Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft sein, ob ein wesentlich anderer Anspruch oder derselbe Anspruch nur in anderer Form erhoben wird; im Zweifel wird gegen die Rechtskraft zu entscheiden sein, da sie einen die Rechtsverfolgung beschränkenden Einwand begründet.

3. Über den Anspruch wird nur insoweit rechtskräftig entschieden, als er geltend gemacht ist; ist nur ein Teil eines Anspruches geltend

---

[6]) System des heut. röm. Rechts Bd. 6 §§ 291—294, 298, 299. Dagegen besonders Unger, System d. österr. Privatrechts Bd. 2 § 132 (namentlich S. 639 ff.). Wetzell a. a. O.

[7]) Vgl. z. B. ERG. Bd. 33 Nr. 1 (S. 5), Bd. 38 Nr. 44, Bd. 41 Nr. 14, Nr. 34, Bd. 46 Nr. 22, Bd. 49 Nr. 9, Nr. 49, Bd. 50 Nr. 105.

[8]) Vgl. oben N. 5.

[9]) Vgl. ERG. Bd. 3 Nr. 79, Bd. 50 Nr. 93, Bd. 52 Nr. 86.

gemacht, so hat das Urteil keine Rechtskraft in Hinsicht auf den nicht geltend gemachten Teil, weder für noch gegen den Kläger.[10])

4. Ist auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben, so beschränkt sich die materielle Rechtskraft auf dieses Rechtsverhältnis, so wie es nach Grund und wesentlichem Inhalt in der Klage individualisiert ist.

Nicht etwa wird bloß darüber entschieden, ob der Kläger ein Interesse an der beantragten Feststellung habe. Das Interesse an der Feststellung ist gerade das Interesse an der materiellen Rechtskraft der Entscheidung.

5. Von der Regel, daß die Entscheidung über einen Einwand (oben Nr. 1) der Rechtskraft nicht teilhaftig sei, macht das Gesetz aber eine Ausnahme hinsichtlich der Aufrechnung einer Gegenforderung.

Gleichviel übrigens, ob der Beklagte erst jetzt im Prozeß die Aufrechnung erklärt oder sich auf eine schon vorher erklärte Aufrechnung beruft.

Die Aufrechnung vollzieht sich zwar nach BGB. § 388 nicht erst durch richterliches Urteil, sondern durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile und diese Erklärung hat nach BGB. § 389 zur Folge, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist also keine Geltendmachung der Gegenforderung zum Zwecke ihrer Befriedigung, da sie ja durch die Aufrechnung schon befriedigt ist; sie ist ein reines Verteidigungsmittel, keine Widerklage, auch keine „unentwickelte" Widerklage.[11]) Aber wenn trotz der geltend gemachten Aufrechnung der Beklagte verurteilt wird, so ist damit zugleich entschieden, daß die zur Aufrechnung verstellte Gegenforderung nicht bestehe. Doch hat diese Entscheidung materielle Rechtskraft nur bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist (vgl. oben Nr. 3).

Wird auf Grund einer Aufrechnung die Klage abgewiesen, so ist damit festgestellt, daß durch die Aufrechnung Forderung und Gegenforderung erfüllt sind, daß sie also zur Zeit der Aufrechnung bestanden haben. In der ursprünglichen Fassung des § 322 (293) hieß es denn auch: „Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig" u. s. w. Das wurde aus dem Grunde geändert, weil durch die Aufrechnung die beiden Forderungen erlöschen, also nicht festgestellt werden könne, daß sie bestehen.[12])

---

[10]) Auf dieser Voraussetzung beruht auch die Vorschrift des § 322[2] (hinsichtlich der zur Aufrechnung verwandten Gegenforderung). Vgl. auch ERG. Bd. 16 Nr. 87. — Die Frage ist sehr bestritten. Mehrfach ist die Meinung vertreten, daß die Aberkennung eines (nicht individualisierten) Teiles einer Forderung (auf vertretbare Sachen) die Aberkennung der ganzen Forderung bedeute. So, eingehend, namentlich Zitelmann, Z. Bd. 8 S. 264 ff. Dagegen vgl. besonders Schollmeyer, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 76 S. 439 ff.

[11]) So Schollmeyer, Die Kompensationseinrede (1884).

[12]) Seuffert, Z. Bd. 16 S. 466 ff., Bd. 22 S. 335. Vgl. indes Weismann, Z. Bd. 26 S. 25.

Materielle Rechtskraft hat auch die Entscheidung über eine Forderung, auf die sich der Kläger zum Zweck einer Gegenaufrechnung (replica compensationis) auf Grund des § 396 BGB. berufen hat.[13])

6. Einem Urteile kommt Rechtskraft nur insoweit zu, als es wirklich über die erhobene Klage *entscheidet*. Ist also eine Forderungsklage, weil die Forderung noch nicht fällig, nur zur Zeit abgewiesen, so ist nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen des Forderungsrechtes entschieden. Ist die Eigentumsklage abgewiesen, weil der Beklagte nicht besitzt, so kann sie gegen ihn von neuem erhoben werden, wenn er wieder in den Besitz der Sache kommt. Ist eine Aufrechnung für *unzulässig* erklärt, so ist nicht über die Gegenforderung entschieden.

Ist eine Feststellungsklage abgewiesen, weil es an dem rechtlichen Interesse fehle, so ist nicht über das Rechtsverhältnis entschieden; aber wohl ist entschieden, daß der Kläger kein Recht auf Feststellung habe und diese Entscheidung steht einer Erneuerung der Feststellungsklage entgegen, es sei denn, daß das rechtliche Interesse auf andere Umstände gegründet würde. Ebenso verhält es sich natürlich mit den anderen Klagbarkeitsvoraussetzungen. Nach anderer Meinung ist die Entscheidung über Klagbarkeitsvoraussetzungen überhaupt nicht der Rechtskraft fähig.[14])

Was aber den Gegenstand der Entscheidung bilde, ist nicht (oder doch nicht immer) aus der Urteilsformel allein, sondern aus der Urteilsformel in Verbindung mit den Urteilsgründen zu entnehmen.[15])

Ist in der Urteilsformel die Klage abgewiesen, so weiß man zunächst noch nicht, aus welchem Grunde; ist der Beklagte zur Zahlung verurteilt, so weiß man nicht, auf Grund welchen Anspruchs u. s. w.

Materielle Rechtskraft kommt anderseits nicht einer Entscheidung zu, die *nur* aus den Urteilsgründen und nicht *auch* aus der Urteilsformel zu entnehmen ist.[16])

Ist also z. B. in der Urteilsformel nur über einen Teil des Anspruchs entschieden und es geht *nur* aus den Gründen hervor, daß der andere Teil des Anspruchs für unbegründet erachtet wurde, so ist das keine materieller Rechtskraft fähige Entscheidung; vgl. oben § 54 IV.[17])

Die Frage ist sehr bestritten.[18]) Es ist die Meinung vertreten, daß die Rechtskraft einer Entscheidung völlig unabhängig sei von ihrer Aufnahme in die Urteilsformel.[19])

Eine Ausnahme von dem hier aufgestellten Grundsatz macht auch nicht die Entscheidung über die Aufrechnung; denn soweit der Beklagte verurteilt wird, geht eben auch aus der *Urteilsformel* hervor, daß die Aufrechnung nicht begründet sei.

III. Die materielle Rechtskraft wirkt nach zwei Seiten: das Urteil entscheidet zugleich über Angriff und Abwehr. Ist der Angriff berechtigt,

---

[13]) *Weismann*, Z. Bd. 26 S. 35. Anderer Meinung *Goldschmidt*, Arch. f. bürg. R. Bd. 15 S. 153 ff.
[14]) So insbesondere *Seuffert* zu ZPO. § 322 IV.
[15]) S. z. B. ERG. Bd. 25 Nr. 44 (S. 214), Bd. 36 Nr. 20, Bd. 38 Nr. 44.
[16]) ERG. Bd. 50 Nr. 61 (S. 278).
[17]) Anders RG. in Blätt. f. Rechtsanw. Bd. 13 Ergänzungsband S. 15.
[18]) Literaturnachweisungen z. B. bei *Seuffert* N. 7a zu ZPO. § 322.
[19]) Dafür besonders *Wach*, Vorträge S. 142 ff.

so kann es die Abwehr nicht sein, und ist die Abwehr berechtigt, so kann es der Angriff nicht sein. Ist der Angriff nicht berechtigt, so muß es die Abwehr, und ist die Abwehr nicht berechtigt, so muß es der Angriff sein.

Ist also die Klage auf die Abwehr einer Rechtsbehauptung oder einer Handlung gerichtet (BGB. § 1004) und wird sie als unbegründet abgewiesen, so ist damit zugleich festgestellt, daß die Rechtsbehauptung begründet, die Handlung berechtigt sei. — Ist die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses als unbegründet abgewiesen, so ist festgestellt, daß das Rechtsverhältnis bestehe.[20]) — Wird dem Kläger das Recht abgesprochen, eine Theateraufführung zu *verbieten*, so ist damit festgestellt, daß der Beklagte dazu *befugt* sei. Wird die Klage auf Löschung einer Hypothek zurückgewiesen, so ist damit festgestellt, daß der Eintrag berechtigt ist.

IV. Ein Recht, dessen *Nichtbestehen* festgestellt ist, kann überhaupt nicht mehr gerichtlich geltend gemacht, auch nicht zur *Grundlage* eines Anspruches oder einer Einrede genommen werden.

Ist z. B. eine Kapitalsforderung für unbegründet erkannt, so kann auch keine damit zusammenhängende Zinsforderung mehr erhoben, auf einen abgewiesenen Anspruch kann kein Rückbehaltungsrecht mehr gegründet werden.

Anderseits kann ein *festgestelltes* Recht zur *Begründung* einer Klage wie einer Verteidigung dienen; wie es auch möglich ist, die Feststellung des *Nichtbestehens* eines Rechtes für eine Klagbegründung zu verwerten. (Es kann z. B. die Feststellung des Nichtbestehens eines Forderungsrechtes zur Begründung einer Klage auf Löschung einer Hypothek dienen.)

Steht ein Anspruch oder ein Rechtsverhältnis fest, so ist nicht bloß seine *direkte* Bestreitung prozessualisch unwirksam, sondern auch die Behauptung eines Anspruches oder Rechtsverhältnisses, die mit jener Feststellung unvereinbar wäre.

Steht z. B. fest, daß der Kläger Eigentümer ist, so kann es der Beklagte nicht sein. Und auch der *Kläger selbst* kann keinen Anspruch mehr geltend machen, der nicht begründet sein kann, wenn der ihm bereits zuerkannte Anspruch besteht: ist ihm der Beklagte als gutgläubiger Besitzer verurteilt, so kann er ihn nicht mehr als bösgläubigen in Anspruch nehmen; ist die Anfechtung eines Vertrages für begründet erkannt, oder ist ein Vertrag für nichtig erklärt, so kann auch der *Kläger* keine Rechte mehr daraus herleiten.

V. Beide Parteien können eine *Erweiterung* des objektiven Umfangs der materiellen Rechtskraft herbeiführen, indem sie im Laufe des Rechtsstreites, der Kläger durch Erweiterung des Klagantrages (Inzidentfeststellungsklage), der Beklagte durch Widerklage (Inzidentfeststellungswiderklage) die Feststellung eines streitig gewordenen Rechtsverhältnisses beantragen, dessen Bestehen oder Nichtbestehen für die Entscheidung von Erheblichkeit ist. ZPO. § 280. Davon ist noch in anderem Zusammenhang zu reden (unten § 109).

---

[20]) ERG. Bd. 6 Nr. 119, Bd. 29 Nr. 90, Bd. 40 Nr. 115.

VI.[21]) Da Rechtsverhältnisse nicht unveränderlich sind, so kann das Urteil Richtigkeit immer nur für einen bestimmten Zeitpunkt beanspruchen. Dieser Zeitpunkt ist der Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher eine Partei noch zu tatsächlichem Vorbringen im stande war, derjenigen Verhandlung also, auf welche das Urteil ergangen ist.

Genauer: das Urteil der ersten Instanz oder das der Berufungsinstanz; letzteres nicht bloß, wenn es sich um ein in der Berufungsinstanz, sondern auch, wenn es sich um ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil handelt, da in der Revisionsinstanz neue Tatsachen nicht mehr berücksichtigt werden können. Der aufgestellte Satz folgt aus dem § 767[2] ZPO., der unmittelbar sich nur auf die Geltendmachung von materiellrechtlichen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung — auch gegenüber einem vorläufig vollstreckbaren Urteile — bezieht.

1. Es kommt also grundsätzlich nur darauf an, ob in diesem Zeitpunkt der geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht besteht.

Ist insbesondere der Leistungsanspruch in diesem Zeitpunkte fällig, so ist der Beklagte zu verurteilen, wenn auch zur Zeit der Klagerhebung die Fälligkeit noch nicht eingetreten war. Ist aber der zur Zeit der Klagerhebung begründete Anspruch untergegangen, insbesondere durch nachträgliche Erfüllung, oder durch Einrede gehemmt, so kann der Beklagte nicht verurteilt werden. Vgl. dazu oben § 54 IV 8.

Auch für die Klagbarkeitsvoraussetzungen kommt es nur auf diesen Zeitpunkt an; s. oben § 20, vgl. unten § 89.

Eine andere Frage aber ist, ob nicht die Geltendmachung eines nach der Klagerhebung entstandenen Anspruches eine unzulässige Klagänderung sei; darüber unten § 88a.

2. Daß einem Urteil unbedingte Geltung nur mit Bezug auf einen gegebenen Zeitpunkt zukommen kann, wird besonders bedeutsam in folgenden Fällen.

1) Bei einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen. ZPO. § 323.

Z. B. Verurteilung zu einer Geldrente als Schadensersatz für eine unerlaubte Handlung, BGB. §§ 843—845, oder Verurteilung zur Unterhaltsgewährung, BGB. §§ 1602, 1603, 1708.

Wenn sich hier nach dem maßgebenden Zeitpunkt („nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung des Klagantrages oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen"), die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben, die entscheidend waren für die Leistungspflicht überhaupt oder für ihre Dauer oder die Höhe der Leistungen, so kann jeder Teil im Wege der Klage eine entsprechende Änderung des Urteils verlangen (doch ist diese Klage nicht zulässig, so lange noch eine Abänderung des Urteils auf dem einfacheren Wege des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil erreicht werden

[21]) Windscheid-Kipp, Pand. § 128. Hellwig, Lehrb. § 29 (hier weitere Literaturangaben).

kann). Die Abänderung kann aber nur für die Zeit nach Erhebung der Klage verlangt werden.

2) Ist wegen einer unerlaubten Handlung gegen den Täter (BGB. §§ 843—845), oder im Falle einer Ehescheidung gegen den schuldigen Teil auf eine Geldrente, aber nicht auch auf Sicherheitsleistung, erkannt, so kann gleichwohl noch nachträglich im Wege der Klage der Berechtigte Sicherheitsleistung verlangen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheblich verschlechtert haben; unter der gleichen Voraussetzung kann er eine Erhöhung der in dem Urteile bestimmten Sicherheit verlangen. ZPO. § 324.

Ein besonderer Gerichtsstand ist für diese Klagen nicht gegeben.

VII.[22]) Ist das Bestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt, so kann der Kläger nicht noch einmal dieselbe Feststellung verlangen, da er kein rechtliches Interesse an der wiederholten Feststellung haben kann.

Wohl aber können Umstände eintreten, die ein rechtliches Interesse an der Feststellung begründen, daß das früher festgestellte Rechtsverhältnis noch fortbestehe.

Aus demselben Grunde kann in der Regel wenigstens, wenn der Beklagte verurteilt ist, der Kläger nicht seine nochmalige Verurteilung wegen desselben Anspruches verlangen.[23]) In besonderen Fällen kann allerdings doch der Kläger an einer wiederholten Verurteilung interessiert und darum zu wiederholter Klagerhebung befugt sein.[24])

So wenn das erste Urteil, bevor es ausgefertigt war, z. B. durch einen Brand zu Grunde gegangen ist.

Von solchen besonderen Fällen abgesehen, kann sich der Beklagte gegenüber einer wiederholten Klage wegen desselben Anspruches auf seine bereits erfolgte Verurteilung berufen, er kann darauf eine Einrede, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, gründen.

Er ist also gegen wiederholte Klage geschützt, es mag die Klage abgewiesen oder ihr stattgegeben sein. Das ist es, was die gemeinrechtliche Doktrin als die exceptio rei iudicatae in negativer Funktion bezeichnete, im Gegensatz zu der exceptio rei iudicatae, durch welche der Inhalt des Urteils, seine materielle Rechtskraft, zur Geltung gebracht wird, der exceptio rei iudicatae in positiver Funktion. Doch ist es nicht unzweifelhaft, ob die Römer überhaupt eine materielle Rechtskraft in unserem Sinne anerkannt haben, oder ob sie nicht vielmehr im Urteil nur einen — nicht schlechthin bindenden — Überzeugungsgrund erblickten.

Die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Funktion hing zusammen mit der Vorstellung, daß durch die litis contestatio das Klagrecht konsumiert werde und an seine Stelle nun ein condemnari oportere gemäß der formula trete, das mit dem Urteile sich in ein iudicatum facere oportere verwandle. Gaius Institut. lib. III § 180.[25])

---

[22]) Hellwig, Anspruch § 25.
[23]) ERG. Bd. 16 Nr. 106 (besonders S. 434), vgl. auch Bd. 35 Nr. 91.
[24]) Vgl. dazu oben § 34 VI. S. auch ERG. Bd. 35 Nr. 91.
[25]) Keller-Wach, Der röm. Zivilprozeß §§ 60 ff.

VIII. Ein in derselben Sache schon früher ergangenes Urteil ist nicht von Amts wegen, sondern nur dann zu berücksichtigen, wenn eine Partei sich darauf berufen hat.[26])

Die Frage ist sehr bestritten. § 191 des Entw. I des BGB. sagte in Abs. 2: „Auf diese Wirkung des rechtskräftigen Urteils kann verzichtet werden. Das Gericht darf dieselbe nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird." Beide Sätze wurden gestrichen, weil der erste Satz von unerheblicher Bedeutung, der zweite, weil er mit Grund nicht zu beanstanden und deshalb keiner besonderen Hervorhebung bedürftig sei (Protokolle der II. Lesung Bd. 6 S. 142 f.).

Es handelt sich, was die Wirkungen des Urteils angeht, prinzipiell um Parteiinteressen und nicht um gerichtliche Autorität.

Es kann sein, daß die Parteien auf Vereinbarung kein Rechtsmittel eingelegt haben und so das Urteil haben rechtskräftig werden lassen, weil sie sich außergerichtlich verglichen haben; es ist sogar möglich, daß der Beklagte nach der Abweisung der Klage die Forderung des Klägers anerkannt und dafür sich der Kläger verpflichtet hat, kein Rechtsmittel gegen das Urteil einzulegen; klagt er dann von neuem, weil er Zahlung nicht erhält, so muß er sich freilich auf das Anerkenntnis berufen, aber es bleibt doch wahr, daß die Parteivereinbarung die Rechtskraft überwindet. Endlich: der Prozeß kann ein simulierter sein, die siegreiche Partei sich von vornherein verpflichtet haben, von dem Urteile keinen Gebrauch machen zu wollen; täte sie das dennoch, so würde sie arglistig handeln, und der Richter, der in einem solchen Falle das Urteil von Amts wegen berücksichtigte, würde eine Rechtswidrigkeit begehen.[27])

IX. Die Wirkungen des Urteils kommen selbst wieder auf prozessualem Wege zur Geltung. Das ist selbstverständlich für die Verurteilung, insofern sie zur Zwangsvollstreckung führt; es gilt aber auch für die materielle Rechtskraft.

Wird in Widerspruch mit der rechtskräftigen Entscheidung in einem späteren Prozeß ein Rechtsverhältnis behauptet oder bestritten, so wird die Behauptung oder Bestreitung ohne weiteres dadurch entkräftet, daß sich der Gegner auf das rechtskräftige Urteil beruft. Wenn folglich eine Partei in der Lage ist, sich für das Bestehen eines Rechtsverhältnisses auf eine rechtskräftige Entscheidung zu berufen, so braucht sie dieses Rechtsverhältnis nicht einmal mehr zu substanziieren.[28])

X. Die Urteilswirkungen lassen sich aber auch unter materiellrechtlichem Gesichtspunkte betrachten.

Der Anspruch wird durch die rechtskräftige Verurteilung vollstreckbar, und die Zwangsvollstreckung soll ihn zur Erfüllung bringen; er erhält durch das Urteil also eine Kraft, die er vorher nicht besaß.

---

[26]) Das darf wohl als die herrschende Meinung bezeichnet werden. Für die Berücksichtigung von Amts wegen namentlich O. Bülow a. a. O., Schwartz a. a. O., Hellwig, Anspruch § 25, Gaupp-Stein zu ZPO. § 322 II. Vgl. auch Kohler, Forschungen S. 95 ff. S. weitere Literatur bei Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pand. Bd. 1 § 129 Nr. 5.

[27]) M. E. ist in diesen Fällen undurchführbar die scharfe Scheidung zwischen Verzicht auf die Rechtskraft des Urteils und Verfügung über die abgeurteilte Sache.

[28]) Denn einer Substanziierung bedarf es überhaupt nur bei wirksamer Bestreitung; s. oben § 39 III. — Anderer Meinung Gaupp-Stein zu ZPO. § 322 VII 3.

Das Rechtsverhältnis erhält durch seine rechtskräftige Feststellung eine gesteigerte Sicherung, und so werden auch durch die negative Feststellung die Rechtsverhältnisse gesichert, die durch den zurückgewiesenen Anspruch bedroht waren.

Am deutlichsten aber offenbart sich die materiellrechtliche Wirksamkeit des Urteils, wenn sein Inhalt unrichtig ist. Das festgestellte Rechtsverhältnis wird, wenn es in Wirklichkeit nicht bestand, durch das unrichtige Urteil ins Leben gerufen, und ist das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt, das in Wirklichkeit bestand, so wird es durch das unrichtige Urteil aufgehoben.[19])

XI. Bei einer Änderung des Rechts bestimmt sich der Umfang der materiellen Rechtskraft nach demjenigen Rechte, welches bei der Erlassung des Urteils gegolten hat.[20])

§ 61a.

Fortsetzung. Subjektiver Umfang der materiellen Rechtskraft.[1])

I. Das Urteil hat grundsätzlich materielle Rechtskraft nur unter den Parteien. ZPO. § 325.

Nur die Parteien können sich darauf berufen und nur den Parteien kann es entgegengehalten werden.

Der Grund dieser Beschränkung liegt darin, daß, nach der Verhandlungsmaxime, der Inhalt des Urteils durch die Prozeßführung der Parteien wesentlich mitbestimmt wird, und daher so wenig, wie diese, dritte am Prozeß unbeteiligte Personen binden kann. Von diesem Gesichtspunkt aus erklären sich auch die folgenden Ausnahmen.

II. Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich aber auch auf dritte Personen, die zu einer der Parteien in einem Verhältnisse stehen, zufolge dessen für sie die Prozeßführung der Partei bindend ist.

Dies ist allemal dann der Fall, wenn die Partei über das streitige Rechtsverhältnis mit Wirksamkeit auch gegen die dritte Person verfügen kann. Denn, wenn allerdings auch weder die Prozeßführung noch das Urteil eine Verfügung über das streitige Rechtsverhältnis ist, so ist doch der Schluß gerechtfertigt, daß, wenn die Verfügung der Partei für die dritte Person maßgebend ist, erst recht es ihre Prozeßführung sein muß.

Daß aber die Prozeßführung einer Partei für eine dritte Person maßgebend ist, kann seinen Grund haben: in einer Rechtsnachfolge oder einem ihr ähnlichen Verhältnis (III.) oder in einer Interessengemeinschaft (IV.).

---

[19]) Für die rein prozeßrechtliche Natur der materiellen Rechtskraft eingehend Hellwig a. a. O. (Rechtskraft) § 2; dagegen auch Kohler, Z. Bd. 29 S. 36 N. 38.

[20]) ERG. Bd. 3 Nr. 79, Bd. 5 Nr. 90, Bd. 6 Nr. 129. — Auch das spricht gegen die rein prozessuale Natur der materiellen Rechtskraft.

[1]) Literatur s. N. 1 zu § 61. Vgl. auch Hellwig, Lehrbuch §§ 48—56. Hinsichtlich der Einzelfragen besonders Hellwig, Rechtskraft, wo auch nähere Literaturangaben.

III. Rechtsnachfolge und ähnliche Verhältnisse. ZPO. § 325[1.2])

1. Das Urteil wirkt für und gegen denjenigen, der Rechtsnachfolger einer Partei geworden ist, nachdem das Urteil die formelle Rechtskraft erlangt hat.

Denn das Urteil ist für die Rechtsstellung der Partei bestimmend und der Rechtsnachfolger kann in die Rechtsstellung seines Vorgängers nur so eintreten, wie sie sich durch das Urteil gestaltet hat. Das gilt ebenso für die Gesamtnachfolge, wie für die Einzelnachfolge in das streitige Rechtsverhältnis.

Das Urteil wirkt ferner auch für und gegen den dritten, der nach dem Eintritt seiner Rechtskraft den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt hat, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist (BGB. § 868); denn auch er leitet seine Rechtsstellung von derjenigen der Partei ab.[3])

Das Urteil ist aber gegen den Rechtsnachfolger oder Besitznachfolger auch dann wirksam, wenn die Rechtsnachfolge oder der Besitzübergang sich noch vor Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils, aber nach Eintritt der Rechtshängigkeit vollzogen hat.

Das ist für den Gesamtnachfolger selbstverständlich; es gilt aber auch für den Sondernachfolger; das ist in der Lehre von der Rechtshängigkeit näher zu erörtern. S. unten § 88. Daselbst wird auch auf den Begriff der Sondernachfolge eingegangen.

Es ergibt sich aus dem Gesagten aber von selbst, daß das Urteil gegen den dritten doch dann nicht wirksam ist, wenn er zwar von der Partei erworben hat, aber sein Rechtserwerb (nach materiellem Recht) von dem Rechte der Partei unabhängig steht, weil ihn sein guter Glaube schützt.[4])

„Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung." ZPO. § 325[2].

Also insbesondere die Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb nach Maßgabe des Grundbuches (BGB. §§ 892 f., 1138, KO. § 7) oder über den Erwerb von Rechten an beweglichen Sachen (BGB. §§ 932 ff., 936, 1032, 1207 f., vgl. 1242, 1244, HGB. §§ 366, 367, 696[3]), über den Erwerb auf Grund eines Hypothekenbriefes, BGB. § 1155, oder eines Erbscheines, BGB. § 2366 u. s. w.

Eine Ausnahme hievon wird gemacht für das Urteil, das einen Anspruch aus einer eingetragenen Reallast, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld betrifft; ein solches Urteil ist, wenn im Laufe des Rechtsstreites das belastete Grundstück veräußert worden, gegen den Erwerber schlechthin wirksam, auch wenn er die Rechtshängigkeit nicht gekannt hat; ist jedoch das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung veräußert, so ist es gegen den Ersteher nur dann wirksam, wenn die Rechtshängigkeit spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten angemeldet worden ist. ZPO. § 325[3].[5])

---

[1]) Mendelssohn-Bartholdy § 27. Hellwig, Rechtskraft §§ 17 ff.
[2]) Hellwig, Rechtskraft § 36.
[3]) Hellwig, Rechtskraft §§ 27, 29, 66.
[4]) Hellwig, Rechtskraft § 28.

2. Der Nacherbe ist zwar unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers,[6]) BGB. § 2100, aber insofern über einen Gegenstand des Nachlasses der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben mit Wirksamkeit für diesen verfügen kann, steht der Nacherbe zu ihm in einem der Rechtsnachfolge analogen Verhältnis; ein Prozeß über einen solchen Gegenstand wird darum durch den Eintritt der Nacherbfolge unterbrochen (ZPO. § 242) und ein über einen solchen Gegenstand zwischen dem Vorerben und einem dritten ergangenes Urteil wirkt für wie gegen den Nacherben. ZPO. § 326.

Aber auch das Urteil über einen sonstigen Nachlaßgegenstand oder über eine Nachlaßverbindlichkeit („einen gegen den Vorerben als solchen gerichteten Anspruch") kommt, wenn es dem Vorerben günstig ist, auch dem Nacherben zu gute, vorausgesetzt, daß es vor dem Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig geworden ist. ZPO. § 326[1].[7])

3. Der Testamentsvollstrecker ist weder Rechtsvorgänger noch gesetzlicher Vertreter des Erben.[8]) Sofern ihm aber die Verwaltung des Nachlasses und demzufolge die Prozeßführung zusteht, BGB. § 2213, nimmt er dem Erben gegenüber eine Stellung ein, die der des Erblassers selber analog ist, und ist ein zwischen ihm und einem dritten ergangenes Urteil auch für und gegen den Erben wirksam. In jedem Falle ist für und gegen den Erben wirksam ein zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem dritten ergangenes Urteil über ein Recht, das der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. ZPO. § 327, vgl. auch § 748; BGB. §§ 2212, 2213.

4. Derjenige, welcher vertragsmäßig das Vermögen eines anderen übernommen hat (BGB. § 419), ist nicht sein Gesamtnachfolger; aber die vorher rechtskräftig gewordene Feststellung einer Schuld des anderen ist auch gegen den Übernehmer wirksam.[9]) Gleiches gilt gegen den, welcher ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, hinsichtlich der Geschäftsverbindlichkeiten, für die er haftbar ist. ZPO. § 729. Zu vergleichen ferner ZPO. §§ 738, 742, 744, 745. In allen diesen Fällen muß aus der definitiven (d. h. nicht bloß vorläufigen) Vollstreckbarkeit auf die materielle Rechtskraft geschlossen werden.

S. oben § 61 B I. Freilich sehr bestritten![10])

Besondere materiellrechtliche Bestimmungen, die sich auf Rechtsnachfolgeverhältnisse beziehen, s. noch BGB. § 407[2] vgl. §§ 408, 412, 413, HGB. § 372[2].[11])

Wenn der Erwerber eines Vermögens ein Urteil über eine Schuld gegen sich gelten lassen muß, das vor dem Erwerb rechtskräftig geworden ist, oder wenn der offene

---

[6]) Das ist wenigstens die herrschende Ansicht. Anderer Meinung Hellwig.
[7]) Hellwig, Rechtskraft § 33.
[8]) Vgl. oben § 23 Nr. 3.
[9]) Hellwig, Rechtskraft § 46.
[10]) Vgl. auch Hellwig, Rechtskraft § 6.
[11]) Hellwig, Rechtskraft §§ 56 f.

Handelsgesellschafter in Anspruch genommen werden kann wegen einer Gesellschaftsschuld, die der Gesellschaft gegenüber rechtskräftig festgestellt ist, so folgt dies daraus, daß es in solchen Fällen nur darauf ankommt, ob dem Veräußerer gegenüber oder der offenen Handelsgesellschaft gegenüber die Schuld begründet war und eine nichtbegründete Schuld durch das unrichtige Urteil geschaffen wurde.

Aus ZPO. § 325[2] wird gefolgert, daß die Partei, die, wenn sie bei Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit ihrem nichtberechtigten Gegner um ihres guten Glauben willens geschützt wäre, sich auf das Urteil auch dem wirklich Berechtigten gegenüber berufen dürfe, wenn sie nur den nichtberechtigten, also nicht zur Sache legitimierten Gegner für den Berechtigten halten durfte.[12]) Aber diese Folgerung wäre nur zutreffend, wenn die Prozeßführung eine rechtsgeschäftliche Verfügung wäre.

IV. Nicht jede Interessengemeinschaft hat zur Folge, daß das gegenüber dem einen Interessenten ergangene Urteil auch dem andern gegenüber von Wirksamkeit wäre. Aber in gewissen Fällen bindet das Gesetz an die Prozeßführung des einen auch den anderen Interessenten, und verleiht folglich der gegenüber dem einen erfolgten Feststellung Rechtskraft auch gegenüber dem anderen.

1. Hieher gehören insbesondere die Verhältnisse des ehelichen Güterrechts, zufolge deren der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau, mit Wirksamkeit auch gegen diese, über Rechte, die zum eingebrachten Gut oder die zum Gesamtgut gehören, verfügen und darum auch prozessieren kann; insoweit ist auch das Urteil für und gegen die Frau wirksam.

S. BGB. § 1380 (mit §§ 1525, 1550), § 1443 (mit §§ 1519, 1549). Vgl. § 1487.

2. Ferner ist hieher zu ziehen die Bestimmung des § 696[2] (vgl. §§ 698[2], 751[2]) HGB. Wenn auch der Schiffer in eigenem Namen verklagt ist, so ist doch, wie seine Verfügung, so seine Prozeßführung für den Reeder bindend; das folgt aus seiner besonderen Stellung, die ihn zur Wahrnehmung der Interessen des Reeders befugt. (Es läßt sich nicht daraus herleiten, daß in jedem für Rechnung eines dritten geführten Prozeß das Urteil unmittelbar auch gegenüber diesem wirksam sei.)[13])

3. Um eine besondere Art der Interessengemeinschaft handelt es sich auch in den Fällen, in denen eine Vermögensverwaltung zum Zwecke der zwangsweisen Befriedigung von Forderungen stattfindet; denn die Verwaltungsakte berühren in diesen Fällen gleichzeitig das Interesse der Gläubiger und das Interesse des Schuldners, aus dessen Vermögen sie ihre Befriedigung erhalten sollen; weil aber anderseits die Interessen der Beteiligten auch miteinander kollidieren können, ist die Verwaltung besonderen prinzipiell selbständigen Organen übertragen. Soweit nun (innerhalb ihrer Verwaltungsbefugnis) diese Verwaltungsorgane über Rechte des Schuldners verfügen können, sind auch die ihnen gegenüber ergangenen Urteile für und wider den Schuldner wirksam. So verhält es sich bei der Zwangsverwaltung, Konkursverwaltung (zu vergleichen auch KO. §§ 164[2], 194), Nachlaßverwaltung.

4. Eine Interessengemeinschaft, die zur Prozeßführung mit Wirksamkeit für alle Prozeßbeteiligten ermächtigt, besteht unter den mehreren Gläubigern, für die derselbe Anspruch gepfändet ist. ZPO. § 856.[14])

5. In diesen Zusammenhang gehört auch die besondere Bestimmung, die für den Fall des Konkurses einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht der § 111 des Genossenschaftsgesetzes trifft. Die für vollstreckbar erklärte Berechnung des Betrages,

---

[12]) Hellwig, Rechtskraft § 66 vgl. §§ 58 ff.
[13]) Hellwig, Rechtskraft § 4.
[14]) Mendelssohn-Bartholdy § 29. Hellwig, Rechtskraft § 11.

zu welchem die Genossen zur Deckung des bilanzmäßigen Fehlbetrages beizutragen haben, kann von jedem Genossen durch Klage gegen den Konkursverwalter angefochten werden und das rechtskräftige Urteil wirkt für und wider alle beitragspflichtigen Genossen. Vgl. ferner auch §§ 113, 114, 129 des Genossenschaftsgesetzes (neue Fass. v. 20. Mai 1898).

6. Es gibt Fälle der Interessengemeinschaft, in denen zwar der einzelne nicht mit Wirksamkeit für die anderen prozessieren kann, doch aber die günstige Entscheidung, die von dem einen erlangt ist, von selbst auch den anderen zu gute kommt. Es sind dies Fälle, in denen die Interessen der mehreren Beteiligten derart zusammenhängen, daß dem Gegner, der auch nur einem der Beteiligten unterlegen ist, der Sieg gegen die anderen nichts nützen würde; es kann sich dann auf die dem gemeinsamen Interesse günstige Entscheidung jeder der Beteiligten berufen. So, wenn gegenüber einem der Miteigentümer des angeblich belasteten Grundstücks das Nichtbestehen einer Grunddienstbarkeit oder auf die Klage eines der Miteigentümer des herrschenden Grundstückes das Bestehen einer Grunddienstbarkeit festgestellt wird. Vgl. BGB. §§ 1004, 1011, 1027. Das ist für das heutige Recht noch ebenso zutreffend, wie für das frühere gemeine (allerdings sehr bestritten).[15])

Auf entsprechendem Gedanken beruht die Bestimmung des § 147 KO.: soweit durch ein rechtskräftiges Urteil ein Widerspruch gegen eine angemeldete Forderung für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern; ein (begründeter) Widerspruch genügt, um die angemeldete Forderung vom Konkurse auszuschließen.[16])

In diesen Fällen handelt es sich nicht eigentlich um eine Ausdehnung der materiellen Rechtskraft auf dritte Personen, sondern vielmehr nur um eine Konsequenz, die sich nach der besonderen Art der fraglichen Rechtsverhältnisse aus der Rechtskraft des Urteiles unter den Parteien ergibt.

7. In einem Gesamtschuldverhältnis wirkt das Urteil immer nur für und wider den Gesamtgläubiger oder Gesamtschuldner, dem gegenüber es ergangen ist. BGB. §§ 425, 429.[17])

V. Durch das Urteil wird das Verhältnis, in welchem die Parteien zueinander stehen, für die Zukunft, in auch für dritte maßgebender Weise geordnet, und daß es nunmehr so geordnet ist, können auch dritte Personen gegenüber den Parteien, wie auch die Parteien gegenüber dritten Personen geltend machen.[18])

Auch dabei handelt es sich also nicht eigentlich um eine Erstreckung der Rechtskraft des Urteiles, sondern vielmehr wiederum nur um eine Konsequenz aus der Rechtskraft des Urteiles unter den Parteien.

Es kann also, wenn im Prozeß zweier Forderungsprätendenten der eine als Gläubiger anerkannt ist, auch der Schuldner für die Zukunft nicht mehr geltend machen, daß nicht dieser, sondern der andere der Forderungsberechtigte sei. Wenn gegenüber dem nächsten Intestaterben das Erbrecht des Testamentserben festgestellt worden ist, so kann nun z. B. einem Vermächtnisnehmer gegenüber der Testamentserbe nicht mehr behaupten, daß das Testament ungültig und nicht er, sondern der nächste Intestaterbe der Erbberechtigte sei.

Das ist für das gemeine Recht (vgl. l. 50 § 1 D. de legat. I (30), l. 14 D. de appell. 49, 1, für das preußische Recht s. ALR. I 12 § 298) allgemein anerkannt, für

---

[15]) S. auch Komment. zu ZPO. § 62. Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pand. § 132. Vgl. l. 4 § 3 D. si servit. vind. (8, 5).

[16]) Hellwig, Rechtskraft § 3 II.

[17]) Hellwig, Rechtskraft § 5 (S. 45).

[18]) Hiezu besonders Wach und Laband a. a. O. Mendelssohn-Bartholdy § 27 II ff. (vgl. § 30 II). Dagegen O. Fischer a. a. O. Hellwig, Rechtskraft § 39.

das BGB. dagegen bestritten, da es an einer besonderen Bestimmung mangle.[19]) Die logische Konsequenz ist für sich allein hier freilich nicht ausschlaggebend. Aber es hat im ersten Falle der Schuldner, im zweiten der Erbe kein berechtigtes Interesse mehr daran, künftighin noch die unter den Prätendenten selbst endgültig festgestellte Rechtslage in Zweifel zu ziehen; es verstieße wider Treu und Glauben, wäre Schikane, wenn sie dem Urteil widersprächen.

Aber zu weit geht es, wenn man schlechthin das Urteil als dritten gegenüber maßgebend behandelt; dritten gegenüber kommt es nur für die Zukunft in Betracht; es kann dem Schuldner z. B., der schon an den unterlegenen Prätendenten eine Teilzahlung geleistet hat, nicht verwehrt sein, darzutun, daß er insoweit befreit sei.[20])

VI. In gewissen Fällen ist dem Urteil Wirksamkeit gegen eine dritte Person, die ursprünglich Prozeßpartei war, um deswillen beigelegt, weil sie freiwillig aus dem Prozesse ausgeschieden und die Prozeßführung einem anderen Interessenten überlassen hat. So beim Eintritt des Anspruchsprätendenten (§ 75), des mittelbaren Besitzers (§ 76). Darüber, wie auch über die Wirksamkeit des Urteils zwischen dem Nebenintervenienten und der unterstützten Partei ist noch bei den betreffenden Instituten zu reden (unten §§ 111, 113, 114).

VII. Da die Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien mit der Verhandlungsmaxime zusammenhängt (s. oben I), so gilt sie grundsätzlich nicht für das Urteil in Ehesachen und in Kindschaftssachen; hier hat das Urteil prinzipiell „absolute Rechtskraft", ZPO. §§ 629, 643. Vgl. hierüber unten § 118 und § 119.

VIII. Insoweit das Urteil konstitutiv ist (s. oben § 61 I), das Verhältnis der Parteien nicht bloß feststellt, sondern rechtsgestaltend in dasselbe eingreift, ist es selbstverständlich allen gegenüber wirksam. (Z. B. das Urteil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt [§ 894], oder die Scheidung einer Ehe oder die Aufhebung eines ehelichen Güterrechtsverhältnisses [BGB. §§ 1418, 1468 f. u. s. w.] ausspricht.)

§ 62.

Ausländische Urteile.[1])

I. Die Akte ausländischer Behörden haben im Inlande nur insoweit Wirksamkeit, als das inländische Recht ihnen solche zugesteht. Es erkennt aber die Zivilprozeßordnung (§ 328), die materielle Rechtskraft der Endurteile an, die von ausländischen Gerichten (d. h. von zur Ausübung ausländischer Staatsgerichtsbarkeit berufenen Behörden) erlassen sind, unter folgenden Voraussetzungen:

1. Die entschiedene Sache muß nach den Regeln des deutschen Prozeßrechts der Gerichtsbarkeit desjenigen Staates unterstehen, dessen

[19]) Hellwig, Rechtskraft § 3 (mit abweichender Begründung).

[20]) Darin stimme ich mit O. Fischer a. a. O. überein.

[1]) Komment. zu ZPO. § 328. Wach § 19 IV. Planck § 168 II. Schmidt § 48 (auch in den „Änderungen"). Hellwig § 19. v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privatrechts S. 168 ff. Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 2 (1898) S. 267 ff. Kohler, Ges. Beiträge S. 534 ff. Über die Änderungen der Novelle zur ZPO. Francke, Z. Bd. 27 S. 125 ff. Im übrigen orientieren über die ausgedehnte Literatur die angeführten Stellen.

Gericht das Urteil gefällt hat; mit anderen Worten: es muß nach den deutschen für die örtliche Zuständigkeit geltenden Prozeßnormen ein Gerichtsstand bei einem der Gerichte dieses Staates begründet sein. § 328 Nr. 1.

Die strengere Auslegung,[2]) nach der gerade auch dasjenige Gericht zuständig sein müsse, welches das Urteil erlassen hat, entspricht nicht dem Wortlaut des Gesetzes und wird auch durch seinen Zweck nicht gefordert.

2. Hatte sich ein deutscher Beklagter (ein Beklagter, der zur Zeit der Prozeßeinleitung Deutscher war) auf den Prozeß nicht eingelassen (auch nicht durch Vorbringen prozessualer Verteidigungsgründe), so findet, sofern er unterlegen ist, das ausländische Urteil nur dann gegen ihn Anerkennung, wenn ihm der den Prozeß einleitende Akt (sei er Parteiladung oder richterliche Verfügung) entweder in dem Staate des Prozeßgerichts persönlich (d. h. nicht im Wege einer öffentlichen oder einer Ersatzzustellung, s. unten § 71) oder durch Gewährung deutscher Rechtshilfe (gleichviel übrigens ob im In- oder im Auslande, z. B. einem Konsulargerichtsbezirke) zugestellt worden ist. § 328 Nr. 2.

3. Die Anerkennung des Urteils ist ausgeschlossen, insofern es zum Nachteil einer deutschen Partei abweicht von gewissen zwingenden Normen des internationalen Privatrechts, die (in Bezug auf familienrechtliche Verhältnisse) das Einführungsgesetz zum BGB. aufstellt. § 328 Nr. 3.

Es sind das die Artikel 13[1] [2], 13[3], verbunden mit Artikel 9[3] (Eingehung einer Ehe), 17 (Ehescheidung), 18, 22 (eheliche Abstammung, Legitimation eines Kindes, Annahme an Kindesstatt).

4. Die Anerkennung des Urteils darf nicht gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen, § 328 Nr. 4, vgl. E.BGB. Art. 30.[3])

a) Ein Urteil verstößt gegen die guten Sitten, wenn es den im deutschen Volke herrschenden sittlichen Anschauungen widerspricht, vgl. BGB. §§ 138, 817, 819, 826; sei es nun, daß es auf ein unsittliches Verhalten erkennt oder daß es sich auf einen nach deutschen Begriffen unsittlichen Rechtssatz (z. B. Anerkennung der Sklaverei) gründet, oder aus sonst irgendwelchem unsittlichen Grunde (z. B. einem unsittlichen Rechtsgeschäft) einer Partei ein Recht zu- oder abspricht.

b) Was aber den Verstoß gegen inländisches Recht angeht, so ist selbstverständlich nicht schon darum dem ausländischen Urteil die Anerkennung zu versagen, weil es irgend einem inländischen Gesetze widerspricht; vielmehr kommt nur ein Verstoß gegen ein solches Gesetz in Betracht, aus dessen Zweck zu entnehmen ist, daß es ausschließliche Geltung beanspruche und nicht dulden wolle, daß durch die Anerkennung eines ausländischen Urteils ein abweichendes ausländisches Gesetz im Inland zur Geltung gebracht werde. (Z. B. Spielverbot, namentlich auch Verbot des Spielens in ausländischen Lotterien, Verbot von Differenzgeschäften,[4]) BGB. § 764, von Zinseszinsen, BGB. § 248.) Vgl. auch E.BGB. Art. 12, 21.

---

[2]) Für diese ERG. Bd. 27 Nr. 109.

[3]) Dazu noch Zitelmann, Internationales Privatrecht Bd. 1 S. 317 ff. Planck, Komment. zu dem angef. Art. 30.

[4]) ERG. Bd. 37 Nr. 68.

5. Es muß die Gegenseitigkeit verbürgt sein; das ist der Fall, wenn Gewähr dafür gegeben ist (durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht [Gerichtspraxis], durch völkerrechtlichen Vertrag oder Deklaration), daß deutsche Urteile in dem fremden Staate, wenn auch nicht unter den gleichen, so doch auch nicht unter wesentlich schwereren Voraussetzungen Anerkennung finden.[5])

Ein Staatsvertrag des Reiches, der die Gegenseitigkeit verbürgt, ist das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 (Reichsgesetzblatt 1892, Nr. 39); nach Art. 56 (S. 830) sind die auf Grund dieses Übereinkommens vom zuständigen Richter erlassenen Urteile, wenn sie rechtskräftig und vollstreckbar geworden sind, im Gebiete aller Vertragsstaaten vollstreckbar, ohne „révision du fond de l'affaire".

Ist durch den von einem einzelnen Bundesstaate abgeschlossenen Staatsvertrag[6]) nur diesem die Gegenseitigkeit verbürgt, so ist auch nur in diesem das ausländische Urteil anzuerkennen.

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit greift insoweit nicht Platz, als das Urteil sich auf einen nicht vermögensrechtlichen Anspruch bezieht, für dessen Geltendmachung bei einem deutschen Gericht ein Gerichtsstand nach deutschem Gesetz nicht gegeben war (vgl. §§ 606, 642); weil sonst eine für das Inland maßgebende Entscheidung völlig ausgeschlossen wäre (nach EGes. § 24 kann aber Vergeltungsrecht geübt werden).

II. Die Anerkennung der materiellen Rechtskraft bedeutet, daß das ausländische Urteil ebenso wie ein deutsches im Inland maßgebend, daß also auch seine Nachprüfung durch den inländischen Richter, sowohl in Hinsicht auf die Richtigkeit seines Inhaltes wie seine prozessualen Voraussetzungen ausgeschlossen ist. (Keine „révision du fond"!)

Dagegen sind die Voraussetzungen seiner Anerkennung im Inland sogar von Amts wegen zu prüfen.[7]) Insbesondere ist auch von Amts wegen zu prüfen, ob in der Tat ein Gerichtsstand im Ausland begründet war.

Die in dem ausländischen Urteil enthaltene Entscheidung über die Zuständigkeit ist also in keiner Weise maßgebend, so wenig in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht. — Die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes kann aber auch durch Prorogation hergestellt sein; zu vergleichen oben § 31 II. Soweit ausländisches Recht in Frage kommt (insbesondere für die Verbürgung der Gegenseitigkeit), gilt ZPO. § 293.

III. Eine Zwangsvollstreckung kann auf Grund eines ausländischen Urteils nur stattfinden, wenn die Voraussetzungen für seine Anerkennung gegeben sind; auch bedarf es dazu eines Vollstreckungsurteils, das sie für zulässig erklärt. §§ 723, 724.

Das Nähere in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

Der § 328 ist durch die Novelle von 1898 eingefügt; ursprünglich normierte die ZPO. (§§ 660, 661) nur die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile.

---

[5]) So die herrschende, nicht unbestrittene, Meinung. M. Klein, Das Erfordernis der verbürgten Gegenseitigkeit (1899). Francke, Z. Bd. 27 S. 138.

[6]) Vgl. oben § 9 N. 5.

[7]) Namentlich kann das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht durch Parteivereinbarung ersetzt werden. ERG. Bd. 36 Nr. 96.

Viertes Buch.

Prozeßverkehr und Prozeßbetrieb.

§ 63.

Gerichtssprache.[1])

I. Die Sprache des Prozeßverkehrs, die „Gerichtssprache", d. h. die Sprache, in der das Gericht, die Parteien, sonst am Prozeß beteiligte Personen, wie Zeugen, Sachverständige miteinander zu verkehren haben, ist die deutsche. GVG. § 186. Erklärungen, die in einer anderen Sprache abgegeben werden, sind unwirksam und unbeachtlich.

Doch sollten in fremder Sprache verfaßte Eingaben nicht einfach unberücksichtigt gelassen, sondern unter Hinweis auf die gesetzliche Vorschrift zurückgegeben werden.

II. Wird aber unter Beteiligung von Personen verhandelt, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, so muß ein Dolmetscher zugezogen werden. GVG. § 187.

Ein Nebenprotokoll in der fremden Sprache ist nicht zu führen; Aussagen und Erklärungen (z. B. Geständnisse, Anerkenntnisse, Verzichte) sollen aber auch in der fremden Sprache in das Protokoll oder in eine Anlage niedergeschrieben werden, wenn und insoweit der Richter dies mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Sache für erforderlich erachtet. In den dazu geeigneten Fällen soll dem Protokoll eine durch den Dolmetscher zu beglaubigende Übersetzung beigefügt werden. GVG. § 187[1].

Nur dann darf das Gericht die Zuziehung eines Dolmetschers unterlassen, wenn die beteiligten Personen sämtlich der fremden Sprache mächtig sind. GVG. § 187[2].

In Anwaltsprozessen ist es ganz dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob überhaupt einer der deutschen Sprache nicht mächtigen Partei bei der mündlichen Verhandlung der Vortrag zu gestatten sei. GVG. § 189[2].

Eide sind von der deutschen Sprache nicht mächtigen Personen stets in der ihnen geläufigen Sprache zu leisten. GVG. § 190.

III. Mit einer tauben oder stummen Person erfolgt die Verständigung schriftlich oder in sonst geeigneter Weise mit Hilfe eines Dolmetschers. GVG. § 188. Einer tauben Partei kann das Gericht bei der mündlichen Verhandlung nach seinem Ermessen den Vortrag versagen. GVG. § 189[1].

IV. Aufgabe des Dolmetschers ist die Vermittlung des Prozeßverkehrs durch sinngemäße Übertragung; er hat in dieser Hinsicht die Stellung eines Sachverständigen. Auf seine Ausschließung und Ablehnung

---

[1]) Komment. zu GVG. §§ 186 ff. Planck § 37. Schmidt § 64.

sind die für den Sachverständigen geltenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden. GVG. § 193 Satz 1.

Zur Entscheidung über die Ausschließung oder Ablehnung ist das Gericht oder der Richter zuständig, von dem der Dolmetscher zugezogen ist. GVG. § 193 S. 2.

Als Dolmetscher kann auch der Gerichtschreiber fungieren. GVG. § 192 S. 1.

Der Dolmetscher ist zu beeidigen. GVG. § 191.

Einer besonderen Beeidigung bedarf es jedoch nicht beim Gerichtschreiber, wenn er als Dolmetscher fungiert. GVG. § 192 S. 2.

Der Eid des Dolmetschers geht dahin, daß er treu und gewissenhaft übertragen werde. Ist er für Übertragungen der betreffenden Art im allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid. GVG. § 191.

V. An den Bestimmungen über die Gerichtssprache ist ein öffentliches Interesse beteiligt; sie sind daher von Amts wegen zu beachten.

§ 64.

Form des Prozeßverkehrs.

Die Form, in der die Parteien und das Gericht miteinander verkehren, ihre Erklärungen wechseln, kann die mündliche sein oder die schriftliche. Alle prozessualen Erklärungen aber sind „empfangsbedürftig", in dem Sinne, daß sie in einer Form abgegeben werden müssen, die dazu bestimmt ist, sie zur Kenntnis einer anderen Person zu bringen.

I. Über die mündliche Parteiverhandlung ist bereits (oben §§ 47 f.) gesprochen worden.

Eines besonderen Mitteilungsaktes bedarf es selbstverständlich nicht für solche Parteierklärungen, die in einer mündlichen Verhandlung abgegeben werden.

II. Die mündliche Eröffnung gerichtlicher Entscheidungen heißt Verkündung; von ihr wird im folgenden Paragraphen die Rede sein.

III. Eine schriftliche Mitteilung bedarf in der Regel außer der schriftlichen Erklärung selbst noch eines besonderen Mitteilungsaktes.

1. Die schriftliche Mitteilung an eine Partei — sowohl von seiten einer anderen Partei wie von seiten des Gerichtes — erfolgt der Regel nach in Form der „Zustellung"; nur gewisse Mitteilungen (von seiten einer Partei: s. ZPO. §§ 73[2], 364, 502[2] — von seiten des Gerichtes: s. ZPO. §§ 362[2], 365) dürfen in formloser Weise geschehen. Die Zustellung aber gestaltet sich verschieden, je nachdem sie auf Parteibetrieb oder von Amts wegen erfolgt, daher sie des näheren erst später (nach der Lehre vom Prozeßbetrieb) dargestellt wird (§ 71).

2. Dem Gerichte wird die schriftliche Erklärung einer Partei stets in formloser Weise übermittelt, nämlich so, daß das Schriftstück, welches die Erklärung enthält, beim Gerichtschreiber eingereicht wird.

3. Was die schriftliche Parteierklärung selbst angeht, so wird sie

a) der Regel nach von der Partei (oder ihrem Vertreter) abgefaßt.

b) In gewissen Fällen kann aber die Erklärung einer Partei gegenüber dem Gericht (insbesondere ein Gesuch, ein Antrag) zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegeben werden; d. h. sie wird mündlich beim Gerichtschreiber vorgebracht, der ein Protokoll darüber aufnimmt. Eines besonderen Mitteilungsaktes bedarf es hier nicht mehr.

Vgl. z. B. ZPO. §§ 44, 104, 118, 248, 406, 486, 569, 577.

Erklärungen, die zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegeben werden können, haben das besondere, daß sie auch im Anwaltsprozeß dem Anwaltszwang entzogen sind. ZPO. § 78[2].

c) Im amtsgerichtlichen Verfahren können auch schriftliche Erklärungen einer Partei, die der Zustellung an den Gegner bedürfen, zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegeben werden; das Protokoll vertritt dann die Stelle des Parteischriftsatzes. Vgl. ZPO. §§ 496, 497, 501.

Das hier in Bezug auf die Parteien Gesagte gilt entsprechend auch für Prozeßhandlungen, die von oder gegenüber dritten Personen (wie: Nebenintervenienten, Zeugen, Sachverständigen) abzugeben sind. — Insbesondere Erklärungen zu Protokoll des Gerichtschreibers: §§ 381[2], 386; vgl. § 402.

IV. Eine besondere Form mündlicher Mitteilung, die für gewisse Prozeßakte vorgeschrieben, ist die Verlesung; sie setzt selbstverständlich voraus, daß die betreffende Erklärung bereits schriftlich abgefaßt ist.

Hinsichtlich der Urteile s. § 311 (vgl. oben § 58 V), hinsichtlich der Parteianträge im landgerichtlichen Verfahren s. ZPO. § 297 (vgl. oben § 50 I 1).

§ 65.

Eröffnung gerichtlicher Entscheidungen.[1])

I. Gerichtliche Entscheidungen, die auf Grund mündlicher Verhandlung ergehen — Urteile, Beschlüsse —, werden auch mündlich, durch „Verkündung", den Parteien eröffnet. Die Verkündung erfolgt gleich im Anschluß an die Verhandlung oder in einem besonderen Verkündungstermin. ZPO. §§ 310, 329.

Die Bestimmung des § 310 über die Anberaumung des Verkündungstermins gilt allgemein für alle Entscheidungen: s. § 329[2].

Urteile können nicht anders als auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen, und müssen daher stets verkündigt werden.[2]) Beschlüsse

[1]) Komment. zu ZPO. § 329. Planck § 78. Schmidt § 79. Fitting, Z. Bd. 10 S. 1 ff.

[2]) Oben § 58 V.

des Gerichtes müssen verkündet werden, wenn sie auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen. Verfügungen (des Vorsitzenden oder eines beauftragten ersuchten Richters) können verkündet werden, wenn sie auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, aber müssen es nicht.

II. Die Verkündung ist wirksam, ob die Parteien anwesend sind und sie vernehmen oder nicht. Sie stellt sich hienach dar als einseitigen formalen Akt des Gerichts, sie wird auch der abwesenden Partei gegenüber wirksam. ZPO. §§ 312[1], 329[2].

Die ausgebliebene Partei ist, wenn sie von der verkündeten Entscheidung Kenntnis erlangen will, auf die Befugnisse verwiesen, die § 299 ZPO. ihr einräumt: von den Prozeßakten Einsicht zu nehmen und sich daraus vom Gerichtschreiber Ausfertigungen, Auszüge, Abschriften erteilen zu lassen.

Anderseits genügt prinzipiell auch die Verkündung, um der Entscheidung Wirksamkeit zu verleihen. Jede Partei kann von der verkündeten Entscheidung Gebrauch machen, insbesondere auch auf Grund derselben das Verfahren fortsetzen, ohne daß es erst noch einer schriftlichen Übermittlung, „einer Zustellung", der Entscheidung an den Gegner bedarf. ZPO. §§ 312[2], 329[2]. Von dieser Regel macht aber das Gesetz bedeutsame Ausnahmen: in verschiedenen, und zwar sehr wichtigen Beziehungen verlangt es die vorgängige Zustellung der Entscheidung.

Der Beginn der Notfrist für die Anfechtung eines Endurteils oder eines in dieser Hinsicht einem Endurteile gleichgestellten Zwischenurteiles durch Rechtsmittel oder Einspruch, damit also die Rechtskraft des Urteils, ist durch Zustellung bedingt: ZPO. §§ 339, 516, 552, ebenso der Beginn der Notfrist für die sofortige Beschwerde, ZPO. § 577[2], und der Frist für einen Ergänzungsantrag, ZPO. § 321; und eine Zwangsvollstreckung darf nicht beginnen, ohne daß das Urteil schon zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. ZPO. § 750.

III. Die Verkündung wie des Urteils so auch aller anderen Entscheidungen des Gerichtes erfolgt durch den Vorsitzenden. ZPO. § 136[4]. Für die Urteilsverkündung gibt das Gesetz (§ 311) bestimmte Vorschriften, von denen schon oben die Rede war (§ 58 V).

IV. Nicht verkündete Entscheidungen (Verfügungen des Vorsitzenden oder eines beauftragten oder ersuchten Richters) bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Zustellung, und zwar erfolgt dieselbe von Amts wegen. ZPO. § 329[2].

Das gilt aber nur für selbständige Entscheidungen; es gilt insbesondere nicht für Terminsanberaumungen, die zum Bestandteil einer Ladung werden, welche von der Partei zuzustellen ist. (Darüber unten § 69.)

Wo dagegen die Zustellung eines verkündeten Urteiles zum Eintritt gewisser Wirkungen erforderlich ist, ist sie von der interessierten Partei zu betreiben. ZPO. 317[1].

Die Zustellung von Amts wegen hat in der Regel an beide Parteien zu geschehen. Ausnahmsweise ist Zustellung bloß an eine Partei erforderlich, z. B. Ab-

lehnung eines Gesuches um Bewilligung des Armenrechtes (ZPO. § 126), vgl. auch ZPO. § 922[2].

V. Die Verkündung wie des Urteils so auch aller übrigen Entscheidungen ist durch Aufnahme in das Sitzungsprotokoll festzustellen und ebenso sind die Entscheidungen selbst (Urteile, Beschlüsse und Verfügungen) in das Protokoll aufzunehmen, sofern sie ihm nicht schriftlich beigefügt sind. ZPO. § 160 Nr. 5 und 6.

§ 66.

Öffentlichkeit des Verfahrens. — Akteneinsicht.

A. Öffentlichkeit.[1]) Der Prozeßverkehr kann heimlich oder öffentlich vor sich gehen; d. h. es können die Prozeßvorgänge der Kenntnis unbeteiligter dritter entzogen oder ihr zugänglich sein.

Ein schriftliches Verfahren wird naturgemäß stets auch ein heimliches sein; Öffentlichkeit ist, praktisch genommen, nur bei einem mündlichen Verfahren möglich. Ihr Wert besteht hauptsächlich darin, daß sie als Kontrolle der Prozeßbeteiligten wirkt (des Gerichts, aber nicht weniger auch der Rechtsanwälte) und ihr Verantwortlichkeitsgefühl schärft.

I. Öffentlich ist, nach GVG. § 170, das Verfahren insoweit, als das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit herrscht: öffentlich ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, worunter hier auch die Beweisaufnahme mitverstanden ist; öffentlich ist auch die Verkündung der auf Grund der mündlichen Verhandlung erlassenen Urteile und Beschlüsse.

Heimlich ist insbesondere also auch das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter.

II. Da die Öffentlichkeit der Verhandlung im Interesse der Rechtspflege gefordert wird, so kann sie nicht durch den übereinstimmenden Willen der Parteien, sie kann nur aus einem der gesetzlich bestimmten Gründe durch gerichtliche Anordnung ausgeschlossen werden.

Die ursprünglichen Bestimmungen des GVG. sind geändert worden durch RGes. betr. die unter Ausschluß der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen vom 4. April 1888; die Änderungen sind vorwiegend für den Strafprozeß von Bedeutung.

1. Die Gründe des Ausschlusses der Öffentlichkeit sind folgende:

a) In allen Sachen kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, für die ganze Verhandlung oder nur für einen Teil derselben, wenn sie, nach Ermessen des Gerichts, eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung — insbesondere der Staatssicherheit — oder eine Gefährdung der Sittlichkeit besorgen läßt. GVG. § 173.

Letzteres z. B. in Prozessen über uneheliche Vaterschaft, wegen Aufhebung eines Verlöbnisses und dergl.

[1]) Komment. zu GVG. §§ 170 ff. Planck § 39. Schmidt § 63.

b) Daneben gelten noch besondere Bestimmungen für das Verfahren in Ehesachen und für das Entmündigungsverfahren; GVG. §§ 171, 172; davon wird des näheren bei diesen Prozeßarten die Rede sein.

2. Die Verkündung des Urteiles muß in jedem Falle öffentlich geschehen. GVG. § 174.

Da die Verkündung der Urteilsgründe überhaupt im Ermessen des Gerichtes steht, ZPO. § 311, so ist die Bestimmung des § 174[2] GVG. für den Zivilprozeß ohne Bedeutung.

3. Der Beschluß, welcher die Öffentlichkeit ausschließt, ist öffentlich zu verkünden; dabei ist anzugeben, ob der Ausschluß wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere wegen Gefährdung der Staatssicherheit, oder ob er wegen Gefährdung der Sittlichkeit angeordnet wird. GVG. § 175[1]. Im Falle der Gefährdung der Staatssicherheit kann das Gericht den Anwesenden die Pflicht der Geheimhaltung auferlegen, deren Bruch unter Strafe gestellt ist; vgl. darüber GVG. § 175[2], RG. von 1888 Art. II, s. auch Art. III.

Die Verhandlung über den Ausschluß der Öffentlichkeit ist dann nicht öffentlich, wenn ein Beteiligter es beantragt oder das Gericht es für angemessen erachtet. GVG. § 175[1].

4. Ist die Verhandlung öffentlich, so kann doch einzelnen Personen (weil sie nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind oder in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise — z. B. betrunken oder in unanständiger Kleidung — erschienen) durch Anordnung des Vorsitzenden (vorbehaltlich gerichtlicher Entscheidung) der Zutritt versagt, und anderseits kann einzelnen Personen durch Gerichtsbeschluß der Zutritt zu nicht öffentlichen Verhandlungen (ohne daß es einer Anhörung der Beteiligten bedürfte) gestattet werden. — Die Ausschließung der Öffentlichkeit hindert nicht die Anwesenheit der die Dienstaufsicht führenden Beamten bei den Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte. GVG. § 176. — Anordnungen des Vorsitzenden, durch die eine Überfüllung des Sitzungssaales verhütet werden soll, sind keine Verletzung der Öffentlichkeit.

III. Die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens gehören zu denjenigen, bei deren Verletzung das Urteil stets als auf Gesetzesverletzung beruhend anzusehen ist. § 551 Nr. 6. Vgl. unten § 100 V.

B. Akteneinsicht.[2]) Die auf einen Prozeß bezüglichen Schriftstücke, die sich beim Gerichte ansammeln, bilden die Prozeßakten.

Ihre Führung[3]) und Anlegung wird im Wege der Justizverwaltung näher geregelt.

Den Parteien sind sie unbedingt zugänglich; diese können sich auch daraus durch den Gerichtschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. ZPO. § 299[1]. Dritten Personen aber kann ohne die Einwilligung der Parteien der Gerichtsvorstand (Präsident des Kollegialgerichts, der die allgemeine Dienstaufsicht führende Amtsrichter, GVG § 22)

[2]) Planck § 93 III. Schmidt § 64.
[3]) Sie ist Sache des Gerichtschreibers, s. oben § 13 III.

die Akteneinsicht nur dann gestatten, wenn ein rechtliches (ein in einem Rechtsverhältnis begründetes, nicht notwendig ein privatrechtliches) Interesse — wenn auch nicht gerade ein Interesse an dem Rechtsstreite selbst — glaubhaft gemacht wird. ZPO. § 299[2].

Nicht vorgelegt, auch nicht abschriftlich mitgeteilt werden aber die Entwürfe zu Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen. ZPO. § 299[3].

§ 67.

Sitzungspolizei.[1])

Um den Prozeßverkehr in den Gerichtssitzungen gegen Störungen zu schützen, werden Maßregeln notwendig, die man unter dem Begriffe der Sitzungspolizei zusammenfaßt; sie sind darauf gerichtet, Störungen der Verhandlung entweder zu verhüten oder zu beseitigen (Präventiv- Repressivpolizei).

I. In erster Linie ist es die Befugnis und Verpflichtung des Vorsitzenden, die Ordnung in den Sitzungen aufrecht zu erhalten, gegenüber den an der Verhandlung beteiligten wie gegenüber dritten Personen. GVG. § 177.

Durch Mahnung, Unterbrechung des Vortrags, Rüge, Androhung, die Sitzung abzubrechen, vorübergehende Unterbrechung oder Aufhebung der Sitzung.

II. Dem Gerichte ist zur Aufrechterhaltung der Ordnung eine Zwangs- und Strafgewalt beigelegt, die sich gegen Ungehorsam wie gegen Ungebühr betätigt.

1. Bei Ungehorsam gegen die zur Aufrechterhaltung der Ordnung erlassenen Befehle können an der Verhandlung beteiligte Personen (Parteien, Zeugen, Sachverständige) oder Personen aus dem Publikum auf Beschluß des Gerichtes aus dem Sitzungszimmer entfernt, auch zur Haft abgeführt und während einer im Beschlusse zu bestimmenden Zeit (längstens aber bis zu 24 Stunden) festgehalten werden (Zwangshaft). GVG. § 178.

Die Entfernung kann gegen die Partei sogar Nachteile in der Sache selbst zur Folge haben, indem gegen sie auf Antrag in gleicher Weise verfahren werden kann, als ob sie sich freiwillig entfernt hätte. ZPO. § 158; vgl. unten § 93.

Untersagung des Vortrags, Zurückweisung von Winkeladvokaten (ZPO. § 157) fällt schon in das Gebiet der Prozeßleitung; vgl. oben § 48 V und unten § 81.

2. Wegen Ungebühr kann das Gericht

a) gegen Parteien, Zeugen, Sachverständige oder bei der Verhand-

---

[1]) Komment. zu GVG. §§ 177 ff. Wach § 24 IV 3. Planck § 31 I, § 36 II. Schmidt § 63 III. Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden S. 75 ff.

lung nicht beteiligte Personen eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mark oder bis zu 3 Tagen Haft (Strafhaft) festsetzen und auch sofort vollstrecken lassen, GVG. § 179;

b) gegen einen bei der Verhandlung beteiligten Rechtsanwalt eine Ordnungsstrafe bis zu 100 Mark festsetzen.

Daneben kann strafgerichtliche, gegen den Rechtsanwalt auch disziplinare Verfolgung eintreten.

Die Vollstreckung der Ordnungsstrafen hat der Vorsitzende unmittelbar (d. h. ohne die der Regel nach — StPO. §§ 39, 473 — erforderliche Vermittlung der Staatsanwaltschaft) zu veranlassen. GVG. § 181.

Beschlüsse, durch die nach §§ 179, 180 eine Ordnungsstrafe festgesetzt ist — ausgenommen solche, die vom Reichsgericht oder einem Oberlandesgericht erlassen sind —, unterliegen der Beschwerde (die hier nur innerhalb einer Woche nach der Bekanntmachung zulässig ist); Beschwerdeinstanz ist das Oberlandesgericht. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung nur im Falle des § 180, nicht in dem des § 179 GVG.

III. Die Befugnisse zur Aufrechthaltung der Ordnung (GVG. §§ 177 bis 181) stehen auch einem beauftragten oder ersuchten Richter bei der Vornahme seiner Amtshandlungen zu. GVG. § 182.

Die Beschwerde gegen seine Festsetzung einer Ordnungsstrafe hat stets aufschiebende Wirkung. GVG. § 183.

IV. Zu protokollieren sind die Beschlüsse des Gerichts (unter Angabe ihrer Veranlassung), durch welche eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt oder die Zwangshaft einer Person, oder die Entfernung einer bei der Verhandlung beteiligten Person angeordnet ist; GVG. § 184.

§ 68.

Prozeßbetrieb.[1])

Die Frage, von wem der Antrieb zur Fortbewegung des Prozesses auszugehen habe, ob vom Gericht oder von einer Partei, ist die Frage des sogen. Prozeßbetriebes. Ist es das Gericht, welches von sich aus, ohne besonderen Parteiantrag, das Verfahren weiterführt, so redet man von Offizialbetrieb. Bedarf es eines Parteiaktes, um den Prozeß weiter zu betreiben, so redet man von Parteibetrieb.

In Bezug auf die mündliche Verhandlung (zu welcher in jedem Falle der Termin durch richterliche Anordnung zu bestimmen ist, vgl. unten § 70) gestaltet sich die Frage nach dem Prozeßbetrieb speziell dahin: ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen

[1]) Komment. besonders in den Vorbemerk. vor ZPO. § 166 und § 214. Planck § 70. Schmidt §§ 54, 65. Wach, Vorträge S. 62 ff. Aus der Spezialliteratur besonders O. Fischer, Termin und Ladung (1881, Separatabdruck aus Gruchot Bd. 25).

anzuberaumen und den Parteien bekannt zu geben — oder ist die Anberaumung des Termins von einer Partei zu veranlassen und ist dann von ihr der Gegner in den Termin zu laden (ZPO. § 214), durch Zustellung der Ladungsschrift, der schriftlichen Aufforderung, im Termin zu erscheinen (vgl. unten § 69).

Die Bewirkung des Termins und seine Kundgabe sind an sich verschiedene Dinge; und denkbar wäre es sehr wohl, daß eine Terminsanberaumung auf Antrag erfolgte, aber von Amts wegen zuzustellen wäre, oder daß eine Ladung (z. B. von Zeugen) von Amts wegen zu beschließen, aber von einer Partei auszuführen wäre. Allerdings werden nach der ZPO. von Amts wegen anberaumte Termine auch von Amts wegen bekannt gegeben und, wenn auf Betreiben einer Partei ein Termin anberaumt wird, so ist es ihre Sache, den Gegner zu laden. Aber logisch richtig ist es darum doch, den Prozeßbetrieb in dem hier angenommenen Sinne vom Betriebe der Zustellungen zu unterscheiden; im herrschenden Sprachgebrauche wird unter dem Prozeßbetrieb der Zustellungsbetrieb mitverstanden; über den letzteren speziell s. unten § 71.

I. Der Parteiakt, welcher das Verfahren einleitet, die Klage, dient gleich auch der Fortbewegung des Prozesses: nach der Vorschrift des § 253 Nr. 3 ZPO. muß die Klagschrift „die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites" enthalten.

Zwar findet bei der Ladung eine richterliche Mitwirkung statt; denn die Klagschrift ist, wie nach § 216 ZPO. jede Ladung, zum Zwecke der Terminsbestimmung (hier zur Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung über die Klage) bei dem Gerichtschreiber des Prozeßgerichts einzureichen, ZPO. § 261[1], und die Terminsbestimmung erfolgt durch den Vorsitzenden. ZPO. § 216[2]. Aber das Wesentliche ist doch, daß es der Kläger ist, welcher die Terminsanberaumuug veranlaßt und daß ihm auch die Zustellung der Ladung obliegt.

II. Ist nun aber so der Prozeß in Gang gebracht, so wird er durch richterliche Prozeßleitung in Gang erhalten.

1. Unter richterlicher Leitung vollzieht sich die mündliche Parteiverhandlung (§§ 136, 139, vgl. 140).

2. Ein Beweisbeschluß wird von Amts wegen erledigt: von Amts wegen werden Zeugen und Sachverständige geladen (ZPO. §§ 377, 402); von Amts wegen wird der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt, sei es vor dem erkennenden Gerichte oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (ZPO. §§ 361—363, 365—368, 370); und von Amts wegen wird er den Parteien bekannt gegeben (ZPO. § 329).

Nur in gewissen Fällen greift ausnahmsweise im Beweisverfahren Parteibetrieb Platz.

a) Wenn eine ausländische Behörde um eine Beweisaufnahme ersucht wird, kann es durch Gerichtsbeschluß dem Beweisführer überlassen werden, das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben. In diesem Falle ist es auch Sache des Beweisführers, den Gegner vom Beweisaufnahmetermin rechtzeitig zu benachrichtigen. ZPO. § 364; vgl. oben § 43a II 4.

b) Befindet sich eine Urkunde in den Händen eines dritten und ist dem Beweisführer zu ihrer Herbeischaffung eine Frist gesetzt worden, so ist der Termin zur Vorlegung der Urkunde vom Beweisführer zu erwirken. ZPO. § 431, vgl. oben § 42 II 3.

c) Die Beweissicherung (vgl. oben § 53) bildet formell ein Verfahren für sich; hier hat zur Beweisaufnahme die betreibende Partei den Gegner zu laden; ZPO. § 491.

3. Von Amts wegen wird ein Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anberaumt (ZPO. §§ 136[3], 206). Und zwar auch dann, wenn vor der Fortsetzung noch eine Beweisaufnahme stattzufinden hat (ZPO. § 370); ja sogar, wenn mit Rücksicht auf eine Beweisaufnahme das Verfahren einen Aufschub erleidet (ZPO. §§ 356, 364, 379).

Letzteres ist allerdings nicht unbestritten.

Daran ändert auch nichts die Erlassung eines Zwischenurteils über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel (ZPO. §§ 146, 303): das Verfahren über den nicht erledigten Prozeßstoff wird von Amts wegen fortgesetzt.

Und beschließt das Gericht die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung, so ordnet es den Termin dazu von Amts wegen an (ZPO. § 156).

Von Amts wegen kann auch jeder Termin verlegt oder eine Verhandlung vertagt werden, ZPO. § 228, und auch eine Entscheidung, durch die auf Antrag (§ 227[2]) ein Termin verlegt wird, ist von Amts wegen (§ 329[2]) zuzustellen (vgl. dazu unten § 70).

Von Amts wegen werden im vorbereitenden schriftlichen Verfahren (vgl. oben § 52) die Verhandlungstermine vor dem beauftragten Richter bestimmt (ZPO. § 349) und ebenso wird nach Schluß des vorbereitenden Verfahrens der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht von Amts wegen angesetzt und den Parteien bekannt gemacht. ZPO. § 352.

Auch wenn ein Rechtsstreit von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen verwiesen wird und umgekehrt, wird der Termin zur weiteren mündlichen Verhandlung von Amts wegen bestimmt und den Parteien bekannt gegeben. GVG. § 107. Vgl. ferner GVG. § 137[5].

4. Seine Entscheidungen erläßt das Gericht von Amts wegen; und werden sie, wenn auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen, nicht gleich im Verhandlungstermine verkündet, so ist der Termin zur Verkündung von Amts wegen zu bestimmen. ZPO. §§ 310, 329.

III. Wenn aber das Gericht ein Endurteil gefällt hat, kommt mit seiner Verkündung der Prozeß außer Betrieb; seine Wiedereröffnung — vor demselben oder vor einem anderen Gericht, in derselben oder einer höheren Instanz — kann nur durch einen Parteiakt (Einspruch, Rechtsmittel u. s. w.) bewerkstelligt werden und zu einem neuen Verhandlungstermin ist nun wieder eine Parteiladung (ZPO. § 214) notwendig.

Einspruch: ZPO. § 340 Nr. 3 — Antrag auf Tatbestandsberichtigung ZPO. § 320, auf Ergänzung des Urteils § 321 — Rechtsmittel: Berufung ZPO. § 518 Nr. 3,

Revision § 553 Nr. 3 (eine besondere Bestimmung E.ZPO. § 7[2]) — Wiederaufnahme des Verfahrens: durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage §§ 578, 585 — Rückverweisung von der höheren in die untere Instanz: §§ 538, 539, 565 — Verweisung vom Landgericht ans Amtsgericht, vom Amtsgericht ans Landgericht: §§ 538, 539, 565 (vgl. damit GVG. § 107, oben II 3, wo die Verweisung durch Beschluß erfolgt). — Zur Eidesleistung und Nachverhandlung auf bedingtes Endurteil (Eidesurteil) ist denn auch gleichfalls Parteiladung erforderlich,[3]) vgl. oben § 45b I, § 60 III.

Aber auch mit der Erlassung eines Zwischenurteils, das hinsichtlich der Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel einem Endurteil gleichsteht, kommt der Prozeß außer Betrieb, und wird zur Weiterverhandlung über den noch unerledigten Prozeßstoff eine Parteiladung erforderlich.

Also: zur Verhandlung über die Hauptsache nach Verwerfung prozeßhindernder Einreden (vgl. unten § 89 VIII), ZPO. §§ 275, 504 — zur Verhandlung über den Betrag des Anspruches nach Feststellung des Grundes § 304 (vgl. oben § 57 II) — zur Verhandlung über die Aufrechnung nach Erlassung des Vorbehaltsurteiles über die Klagforderung § 302 (vgl. oben § 54 II) (war jedoch schon vorher auf Grund des § 145[3] die Verhandlung über die Aufrechnung getrennt, so wird sie auch nach Erlassung des Vorbehaltsurteiles von Amts wegen fortgesetzt) — zur Fortsetzung des Verfahrens nach Erlassung der Vorbehaltsurteile der §§ 540, 599 (vgl. unten §§ 99, 116).

Der Grund ist der, daß regulärerweise die Fortsetzung des Rechtsstreites durch die Rechtskraft des Zwischenurteiles bedingt ist, diese aber von der Zustellung des Urteiles abhängt, die dem Parteibetrieb überlassen ist (vgl. oben § 65 IV), daher denn auch nur die Parteien vom Eintritt der Rechtskraft unterrichtet sind.

Ist aber in der mündlichen Verhandlung ein Antrag — auf Fortsetzung des Verfahrens vor Rechtskraft des Zwischenurteiles — gestellt und daraufhin ein Verhandlungstermin verkündet, so bedarf es nun keiner Ladung mehr: ZPO. § 218 (vgl. unten VI).

IV. Durch besondere Umstände kann das Verfahren außer Betrieb gesetzt, zum Stillstande gebracht werden.

1. Wenn in einem Termin zur mündlichen Verhandlung (oder im vorbereitenden schriftlichen Verfahren in einem Termin vor dem beauftragten Richter) beide Parteien nicht erschienen sind (oder beide überhaupt nicht verhandeln, ZPO. § 333), so „ruht" der Prozeß, bis wieder eine Partei die andere zur mündlichen Verhandlung lädt (ZPO. § 251[2]). Er ruht ferner, wenn die Parteien es verabreden (§ 251[1]).

2. Es gibt Umstände, welche unmittelbar kraft Gesetzes das Verfahren „unterbrechen" und es kann

3. aus besonderen Gründen der Prozeß durch richterliche Anordnung „ausgesetzt" werden.

In allen Fällen nun, in denen ein Stillstand des Verfahrens (ein Ruhen, eine Unterbrechung, eine Aussetzung) eingetreten war, bedarf es,

---

[3]) O. Fischer a. a. O. S. 20. Die Frage ist nicht unbestritten; Literatur bei Just, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 68 S. 117 ff.

um den Prozeß wieder in Gang zu bringen, eines besonderen Parteiaktes, und wenn zu seiner Fortsetzung eine mündliche Verhandlung erforderlich ist, einer neuen Parteiladung (vgl. dazu ZPO. § 250).

Das Nähere hierüber s. unten § 72. — Eine Ausnahme macht nur der Fall, daß die Aussetzung des Verfahrens von Amts wegen wieder aufgehoben wird, ZPO. § 150. Das ist allerdings bestritten; aber das Natürliche ist es wohl, daß, wenn das Gericht von Amts wegen das Verfahren wieder in Lauf setzt, es gleich auch den zu seiner Fortsetzung erforderlichen Termin von Amts wegen anberaumt.

V. Die Regel, daß der einmal begonnene Prozeß von Amts wegen fortgesetzt wird, gilt aber nur für das kontradiktorische Verfahren. Anders, wenn es zu einem Versäumnisverfahren gekommen, aber ein Versäumnisurteil noch nicht ergangen ist; dann ist zur Fortsetzung des Verfahrens eine neue Ladung erforderlich. ZPO. §§ 335[3], 337.

Vgl. unten § 93 V. — Dagegen findet eine Ladung nicht statt, wenn das Versäumnisverfahren fortzusetzen ist, nachdem der Beschluß, durch welchen der Antrag auf Versäumnisurteil abgelehnt worden war, auf sofortige Beschwerde hin aufgehoben ist, ZPO. § 336, vgl. unten § 93 VI. — Eine neue Ladung ist auch im vorbereitenden schriftlichen Verfahren nach erstmaliger Terminsversäumnis erforderlich: ZPO. § 351, wiewohl hier der neue Termin von Amts wegen anberaumt wird.

VI. Ein von Amts wegen anberaumter Termin wird auch von Amts wegen den Parteien bekannt gemacht, durch Verkündung oder durch Zustellung, ZPO. § 329 (vgl. oben § 65). Zu verkündeten Terminen ist eine Ladung nicht erforderlich (ZPO. § 218).

Für die amtliche Bekanntgabe eines Termins bedient sich das Gesetz des Ausdruckes „Ladung" nicht (die Motive nur reden von einer Ladung von Amts wegen). Einer Ladung im formalen Sinne des Wortes bedarf es nur zu den Terminen, die auf Parteibetrieb anberaumt worden sind. Aber sachlich schließt doch auch die richterliche Bekanntgabe eines Verhandlungstermines eine Ladung, d. i. die Aufforderung zum Erscheinen, in sich; denn die Versäumung eines Termines hat genau dieselben Folgen, ob dazu von einer Partei geladen oder ob er den Parteien von Amts wegen bekannt gegeben ist. Daraus ergibt sich weiter, daß auch bei amtlicher Bekanntgabe des Termines die Ladungsfrist zu beobachten ist (ZPO. § 217) und daß die Bestimmung des § 204 ZPO. über die öffentliche Zustellung einer Ladung auch für die amtliche Bestimmung eines Verhandlungstermines Geltung hat. Der Begriff einer Ladung von Amts wegen erscheint hienach gerechtfertigt (wiewohl allerdings der Ausdruck im terminologischen Interesse besser vermieden werden möchte). Ist doch auch zur Form der Parteiladung das Wort „Ladung" nicht unbedingt erforderlich, und bedarf zu ihrer Wirksamkeit doch auch sie der richterlichen Terminsanberaumung.

Die Frage ist eine sehr bestrittene. Nach anderer Auffassung ist, wenn eine Terminsbestimmung von Amts wegen zuzustellen ist, sogar ausdrücklich eine Ladung darin aufzunehmen; nach der gegenteiligen Meinung wirkt die zum ersten Termin ergangene Parteiladung für die späteren Termine fort, und ist die amtliche Termins-

bestimmung auch sachlich von der Ladung verschieden; danach wäre denn auch die Anwendung der oben angeführten Bestimmungen ausgeschlossen.[3])

VII. Es bleiben aber doch, auch wenn das Verfahren von Amts wegen fortgesetzt wird, die Parteien die eigentlichen Herren des Betriebes insofern, als sie jederzeit das Ruhen des Prozesses (ZPO. § 251) und als sie die Aufhebung eines Termines — auch eines Termines zur Beweisaufnahme — vereinbaren können (ZPO. § 227[1]).

Den Parteien ist es auch unbenommen, durch Ladung den Prozeß zu betreiben, wo eine Fortleitung von Amts wegen erfolgen *kann*, aber noch nicht erfolgt *ist*.

In einem besonderen Falle, in welchem dem Beweisführer zur Herbeischaffung seines Beweismittels (einer Urkunde, die sich in den Händen eines dritten befindet) ein Aufschub gewährt ist, kann der Gegner sogar schon vor Ablauf der Frist die Fortsetzung des Prozesses betreiben, wenn den Umständen nach ein weiterer Aufschub nicht gerechtfertigt erscheint (weil die Klage gegen den dritten erledigt ist oder weil der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert, ZPO. § 431[2]).

VIII. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Prozeßbetrieb, wie ihn die Zivilprozeßordnung geregelt hat, ein „*modifizierter Parteibetrieb*" ist.

Der *gemeine Zivilprozeß* kennt keinen Parteibetrieb, überhaupt keinen direkten Verkehr der Parteien untereinander; der gesamte Prozeßbetrieb ruht vielmehr ausschließlich in den Händen des Gerichtes; und nur durch seine Vermittlung verkehren die Parteien miteinander. Dem *Gerichte* gegenüber gibt jede Partei ihre Erklärung ab, das Gericht teilt sie, im Verfahren durch Schriftenwechsel, dem Gegner mit und fordert ihn auf, innerhalb einer bestimmten Frist seine etwaige Gegenerklärung abzugeben.

Das entgegengesetzte Extrem wird durch das *französische* Prozeßrecht repräsentiert; nach diesem soll das Gericht prinzipiell von aller mechanischen Prozeßtätigkeit befreit, auf das Entscheiden beschränkt sein. Durch jeden Bescheid, der auf Grund einer Verhandlung ergeht, gleichviel welchen Inhaltes er ist, nicht bloß durch ein Urteil, sondern auch z. B. durch eine Beweisanordnung, wird das Gericht „*besaisiert*", hört bis auf weiteres auf, mit der Sache befaßt zu sein; für den Fortbetrieb des Prozesses hat die daran interessierte Partei zu sorgen, sie hat insbesondere die erforderlichen Zustellungen zu bewirken. Auch eine formelle Mitwirkung des Gerichtes, wie sie in der Anberaumung des Verhandlungstermines gelegen ist, fällt durch das Rollensystem (worüber unten § 69 I) fort.[4]) Die richterliche *Prozeßleitung* beschränkt sich also auf die Verhandlung.

IX. Über den Prozeßbetrieb bei *fakultativer* mündlicher Verhandlung und bei *Zwischenstreit* unten in § 82.

---

[3]) O. *Fischer* a. a. O. § 12 (S. 81 ff.).

[4]) *Garsonnet* Bd. 2 §§ 670 ff., § 690 vgl. §§ 568 ff. — Motive zum Entwurf der ZPO., allgemeine Begründung §§ 9, 10 und S. 159 f.

§ 69.

Ladung.[1])

Ladung ist die Aufforderung, zu einem bestimmten Zweck in einem bestimmten Termine bei Gericht (vor dem erkennenden Gerichte oder einem beauftragten oder ersuchten Richter) zu erscheinen. Geladen werden Zeugen — Sachverständige (ZPO. §§ 377, 402; vgl. oben § 42 I) — Parteien. Von der Parteiladung, d. h. der Ladung einer Partei durch den Gegner, insofern sie Mittel des Prozeßbetriebes ist (ZPO. § 214), soll hier speziell noch die Rede sein.

I. Über die Erfordernisse der Ladung enthält das Gesetz keine vollständigen Bestimmnngen; sie ergeben sich aus der Natur der Sache.

1. Die Ladung erfolgt schriftlich, durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher die Ladung enthält. Zur Gültigkeit der Ladung gehört folglich auch, daß die Vorschriften über die Zustellung beobachtet sind.

Der Schriftsatz muß, wo nicht den Ausdruck Ladung, so doch jedenfalls dem Sinne nach die Aufforderung enthalten, bei Gericht zu erscheinen. Das Gericht muß bezeichnet sein, vor welches geladen wird. Der Zweck der Ladung muß angegeben sein; es muß also auch der Rechtsstreit näher bezeichnet sein, zu dessen Verhandlung geladen wird (dazu gehört — neben der Angabe des Gerichtes — die ausreichende Bezeichnung der Parteien und des Streitgegenstandes). Es muß ferner aus dem Schriftsatz sich ergeben, nicht bloß wer geladen wird, sondern auch von wem die Ladung ausgeht, wer sie bewirkt. Dazu genügt nicht die bloße Angabe der Partei, welche lädt, sondern der Aussteller des Schriftstückes muß als solcher bezeichnet sein. In der Regel geschieht das durch Unterschrift.

Doch genügt auch eine andere Form, wenn sie nur den Aussteller ersichtlich macht, z. B. „Ich N. N. lade u. s. w." — Nach der herrschenden Meinung ist die Unterschrift unbedingt erforderlich.

2. In Anwaltsprozessen muß die Ladung — nach allgemeinem Grundsatz (vgl. oben § 25 III) — von dem prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalte ausgehen; sie muß aber auch, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, den Gegner ausdrücklich auf den Anwaltszwang hinweisen durch die Aufforderung, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (ZPO. § 215); fehlt diese Aufforderung, so ist die Ladung ungültig.

3. Es muß immer in einen bestimmten Termin geladen werden. Da die Terminsbestimmung aber durch den Richter (den Vorsitzenden des Kollegiums — den Amtsrichter) zu erfolgen hat, so ist die Ladung zunächst zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtschreiber

[1]) Komment. zu §§ 214 ff. Schmidt § 78. Vgl. oben § 68 N. 1.

einzureichen (ZPO. § 216[1]); nachdem der Termin (durch den Richter) bestimmt ist, hat die Partei für die Zustellung Sorge zu tragen (vgl. oben § 68). Die Terminsbestimmung aber muß für eine jede an sich formrichtige Ladung gewährt, sie kann nicht aus einem außerhalb der Ladung gelegenen Grunde abgelehnt werden (vgl. dazu unten § 70 I).

Die Terminsbestimmung ist ein wesentlicher Bestandteil der Ladung; ohne sie gibt es keine gültige Ladung. Ohne sie ist also auch ein Prozeßakt ungültig, zu dessen wesentlichen Bestandteilen eine Ladung gehört (vgl. unten Nr. 4).

4. Ist mit der Ladung zugleich ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so soll die Ladung in den Schriftsatz aufgenommen werden, doch ist ihre Gültigkeit dadurch nicht bedingt. Es gibt aber auch *Prozeßakte*, zu deren *wesentlichen* Bestandteilen eine *Ladung* gehört, die also ungültig sind, wenn sie keine oder keine formrichtige Ladung enthalten.

So namentlich die Klage: ZPO. § 253, die Rechtsmittel der Berufung, ZPO. § 518, und der Revision, § 553, die Klagen auf Wiederaufnahme des Verfahrens: die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage, ZPO. § 585, der Einspruch, ZPO. § 340.

Im *französischen* Prozeß[2]) wird für die einzelnen Verhandlungen kein besonderer Termin vorausbestimmt, sondern nach dem sogen. *Rollensystem* verfahren. Danach trägt der Anwalt der betreibenden Partei (der partie diligente) die Sache, wenn sie zur Verhandlung reif ist, in eine auf der Gerichtschreiberei aufliegende Generalrolle ein und setzt hievon den Anwalt des Gegners in Kenntnis; die eingetragenen Sachen werden periodenweise in öffentlicher Sitzung unter die einzelnen Zivilkammern verteilt und auf ihre Spezialrollen übertragen. Die nach der Rolle zunächst zur Verhandlung anstehenden Sachen werden durch Anschlag bekannt gemacht und der Reihe nach an den regelmäßigen Sitzungstagen verhandelt. Durch dieses Verfahren soll eine ungerechte Bevorzugung einer Sache vor der anderen ausgeschlossen werden (wie sie früher nicht selten stattfand, als die Parteien durch sogen. Plazets den Präsidenten um Anberaumung einer Audience zu bitten hatten), auch kann dabei nicht leicht der Fall eintreten, daß das Gericht an seinen Sitzungstagen zeitweise unbeschäftigt bleibt; umso unangenehmer ist es für die Parteien und ihre Anwälte, daß sie die Zeit der Verhandlung nicht mit Sicherheit voraussehen können und darum manchmal recht lange, und manchen Sitzungstag sogar vergeblich, warten müssen.

Die Einrichtung der Rolle bringt es mit sich, daß das Verfahren *ohne jede richterliche Mitwirkung* eröffnet wird.

II. *Einlassungsfrist* ist die Frist, die mindestens zwischen dem eine Instanz *einleitenden* Akte — der Zustellung einer Klagschrift, einer Rechtsmittelschrift, zu deren wesentlichen Erfordernissen ja auch die *Ladung* des Gegners gehört — und dem ersten Verhandlungstermine liegen soll; s. ZPO. §§ 261, 498, 520, 555, vgl. auch § 604.

Ladungsfrist ist die Mindestfrist, die in einer *anhängigen* Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll. Sie beträgt in Anwaltsprozessen mindestens 1 Woche, in anderen Prozessen mindestens 3 Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens 24 Stunden. ZPO. § 217; s. auch § 696[3].

[2]) S. oben § 68 N. 4.

Diese Mindestfristen sollen es dem Geladenen ermöglichen, sich auf den Termin einzurichten und vorzubereiten. Wie schon bei der Ansetzung des Termins der Vorsitzende darauf Bedacht nehmen muß, daß sie gewahrt werden können, so ist es dann weiterhin Sache der betreibenden Partei, die Zustellung so zeitig zu bewirken, daß bis zum Terminstage die erforderliche Zeit übrig bleibt.

Ist die Einlassungs- oder Ladungsfrist nicht gewahrt, so ist die Ladung keine „rechtzeitige".

Der erschienene Gegner kann aus diesem Grunde Vertagung fordern, und die ladende Partei hat, wenn sie ein Verschulden trifft, die dadurch verursachten Kosten zu tragen: ZPO. § 95; bleibt aber der Gegner aus, so kann kein Versäumnisurteil gegen ihn ergehen: ZPO. § 335 Nr. 2.

III. Die richterliche Terminsbestimmung ist eine notwendige Ergänzung der Ladung; die Ladung selbst aber ist ein Akt der Partei, der, wie er ihr unmittelbar vom Gesetz im Interesse der Rechtspflege übertragen ist, so auch unmittelbar kraft des Gesetzes wirksam wird.

Es bedarf also nicht der Vorstellung, daß sie nur die Ausführung einer richterlichen Anordnung sei.

§ 70.

Zeitbestimmung: Termine und Fristen.[1])

Für den Prozeßbetrieb sind Zeitbestimmungen unentbehrlich: ohne sie wäre kein Zusammenwirken der Beteiligten möglich, und des Prozesses wäre kein Ende abzusehen, würden nicht den Prozeßhandlungen der Parteien zeitliche Schranken gezogen.

Eine Zeitbestimmung aber kann erfolgen in Gestalt eines Termines oder einer Frist.

A. In Terminen vollziehen sich mündliche Verhandlungen und Beweisaufnahmen: eine Terminsbestimmung ist allemal dann notwendig, wenn sich mehrere Personen zu einem Prozeßakte zusammenfinden sollen.

Der Ausdruck „Termin" wird übrigens nicht bloß für die Zeitbestimmung an sich, sondern auch für den Vorgang gebraucht, wofür der Termin bestimmt ist; z. B. „der Termin wird abgehalten".

Termine werden in der Regel im voraus für den betreffenden Prozeßakt bestimmt; vor dem Amtsrichter können aber auch die Parteien ohne weiteres an den ordentlichen Gerichtstagen zur Verhandlung des Rechtsstreites erscheinen. ZPO. § 500.

I. Die Bestimmung der Termine erfolgt stets durch den Vorsitzenden.

Denn sie ist nur möglich mit Rücksicht auf die gesamte Geschäftslage des Gerichtes, die allein der Vorsitzende übersehen kann.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 214 ff., §§ 221 ff., Vorbemerk. vor § 214. Planck § 83. Schmidt §§ 62, 63 I. Schwalbach, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 66 S. 251 ff. A. S. Schultze, Von den prozessualen Zeitbestimmungen (1887, Festgabe für Planck).

Ist eine Parteiladung zum Zwecke der Terminsbestimmung beim Gerichtschreiber eingereicht, so muß binnen 24 Stunden die Terminsbestimmung erfolgen (ZPO. § 216[1] [2]). Der Vorsitzende hat dabei nur zu prüfen, ob das ihm vorliegende Schriftstück eine zivilprozessuale Parteiladung sei, eine Ladung zur Eröffnung eines neuen oder zur Fortsetzung eines anhängigen Zivilprozesses. Eine weitergehende Prüfung ist nicht mehr seine Sache, sondern Sache des Gerichtes; und auch dieses kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung entscheiden.

Dies kann wohl als die herrschende Meinung bezeichnet werden. Im einzelnen ist freilich vieles streitig.[2]) Nach anderer Meinung kann der Vorsitzende die Terminsbestimmung auch verweigern: weil die zu ladende Person nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit (E.ZPO. § 5, E.GVG. § 5) oder überhaupt nicht der inländischen Gerichtsbarkeit (GVG. § 18) unterworfen sei — oder weil dem einen oder anderen Teile die Parteifähigkeit mangle — oder weil er offenbar prozeßunfähig sei — oder weil der Schriftsatz, in den die Ladung aufgenommen ist, z. B. die Klagschrift, im übrigen den gesetzlichen Anforderungen nicht entspreche — oder weil die Ladung dienen solle zur Einlegung eines Rechtsmittels, das an sich — gegen ein Urteil dieser Instanz — nicht zulässig sei — oder endlich, weil in Bezug auf die beabsichtigte Verhandlung Parteibetrieb nicht stattfinde.

II. Die Festsetzung des Terminstages steht prinzipiell im freien Ermessen des Vorsitzenden. Aus der Forderung einer möglichst prompten Rechtspflege aber folgt, daß der Termin so nahe gelegt werden muß, als es nur irgend der Stand der Geschäfte gestattet. Für den ersten Termin schreibt die ZPO. § 261[1] vor, daß er nicht weiter hinausgeschoben werden solle, als zur Wahrung der Einlassungsfrist geboten erscheine. (Darüber noch unten § 92 III.)

Die Gerichte (die Amtsrichter, die Kammern, Senate der Kollegialgerichte) pflegen ihre ordentlichen Sitzungstage in der Woche zu haben, auf die regelmäßig die Termine anberaumt werden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind nur in Notfällen Termine anzuberaumen (ZPO. § 216[3]). Allgemeine Feiertage sind solche, an denen im allgemeinen (von bestimmten Ausnahmen abgesehen) die Geschäftsarbeit ruhen soll; maßgebend sind dafür die gesetzlichen Anordnungen der einzelnen Bundesstaaten.

Während der Gerichtsferien werden nur in Feriensachen Termine abgehalten. GVG. § 202.

Was die Festsetzung der Terminsstunde angeht, so ist die Praxis verschieden.[3]) Es können mehrere, sogar alle für denselben Tag anstehenden Termine auf dieselbe Stunde, oder es kann für jede Sache eine besondere Terminsstunde anberaumt werden; die erstere Methode hat den Vorteil, daß das Gericht nicht Gefahr läuft, zeitweise unbeschäftigt zu sein, wenn eine einzelne Sache ausfällt oder früher als angenommen zu

---

[2]) Speziell hierüber Eccius, Gruchot Bd. 29 S. 1 ff. Fortenbach, Z. Bd. 8 S. 153 ff. Schultzenstein, Z. Bd. 23 S. 92 ff.

[3]) Wach, Enquête S. 59 ff.

Ende kommt; sie ist aber belästigend für die Beteiligten, die dabei oft ungebührlich lange warten müssen. Ist eine besondere Terminsstunde überhaupt nicht angegeben, so ist die Zeit, zu welcher regelmäßig die Sitzungen des Gerichtes beginnen, als die Terminsstunde anzusehen.

III. Von der festgesetzten Terminsstunde an müssen die Beteiligten sich bereit halten. Der wirkliche *Beginn* des Termines aber wird bezeichnet durch „den Aufruf der Sache". ZPO. § 220[1].

Vor der angesetzten Terminsstunde darf die Sache nicht, sie kann aber auch später aufgerufen werden, so lange bis für diesen Tag die Sitzungen des Gerichtes geschlossen sind.

Nach Aufruf der Sache wird die *Verhandlung* vom Vorsitzenden eröffnet. ZPO. § 136[1].

Aber auch in die schon begonnene Verhandlung kann eine anfänglich nicht anwesende Partei noch nachträglich eintreten; sie kann es, bis die Verhandlung geschlossen ist. Erst dann ist von einer Partei der Termin *versäumt*, wenn sie bis zu seinem *Schlusse* nicht verhandelt hat. ZPO. § 220[2].

Das *preußische* Prozeßrecht (Verordnung vom 1. Juni 1833, §§ 21, 61 — Allerh. Kabinettsorder vom 18. Oktober 1837) war strenger, indem es die Partei, die sich nicht gleich beim Aufruf der Sache gemeldet hatte, von der Verhandlung ausschloß.

Der Verhandlungstermin ist zu Ende, wenn die Verhandlung geschlossen ist. ZPO. § 136[4] (vgl. dazu oben § 40 V).

IV. Der Termin wird — von seinem Beginne bis zu seinem Schlusse — ausgefüllt durch den Vorgang, wofür er bestimmt ist.

Ein *Zeitraum* (nicht ein bloßer Zeitpunkt, wie öfter definiert wird) ist also freilich auch der Termin. Er unterscheidet sich aber von der Frist dadurch, daß diese ein Zeitraum ist, *innerhalb* dessen der zur Tätigkeit Berufene den Zeitpunkt seines Handelns *beliebig* wählen kann.

V. Die Parteien können die *Aufhebung* eines Termines *vereinbaren*, d. h. vereinbaren, daß ein anberaumter Termin ausfallen solle (vgl. oben § 68 VII; ZPO. § 227[1]), ein Termin zur mündlichen Verhandlung wie ein Termin zur Beweisaufnahme.

Zur Gültigkeit einer solchen Vereinbarung bedarf es nicht des Einverständnisses des Gerichtes, ja es ist nicht einmal eine Anzeige bei demselben vorgeschrieben. Eine Beweisaufnahme allerdings würde (ZPO. § 367[1]) von Amts wegen auch bei Abwesenheit der Parteien erfolgen, wenn die Anzeige unterbliebe.

Auf *Antrag* einer Partei kann ein Termin durch gerichtliche Entscheidung (auf eine spätere oder frühere Zeit) *verlegt* werden, wenn erhebliche Gründe dafür glaubhaft gemacht sind. Die Entscheidung bedarf keiner vorgängigen mündlichen Verhandlung; aber eine *wiederholte* Verlegung auf einen späteren Zeitpunkt ist nur nach Anhörung des Gegners statthaft. ZPO. § 227[2], verb. mit § 225[1 2] (vgl. dazu unten B III 3).

Die Verlegung auf eine frühere Zeit kann die Abkürzung einer Zwischenfrist zur Folge haben, darüber ZPO. § 226, vgl. unten B III 3. Nach anderer Meinung soll auch hier § 225[2] (hinsichtlich der Abkürzung der Frist) zur entsprechenden Anwendung kommen; aber § 227[2] redet ausdrücklich nur von Verlängerung.

Die Zurückweisung eines Verlegungsgesuches ist (abweichend von der Regel des § 567[1]) unanfechtbar, § 227[3] mit § 225[3].

Aber auch von Amts wegen kann aus irgend welcher Veranlassung (z. B. wegen Geschäftsüberhäufung des Gerichtes) ein Termin verlegt, es kann auf Antrag oder von Amts wegen eine Verhandlung vertagt oder ein weiterer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anberaumt werden. ZPO. § 228.

Über die Bedeutung dieser Worte ist zu bemerken: von Verlegung spricht man, wenn an Stelle eines anberaumten Termines, noch bevor er begonnen hat, ein anderer anberaumt wird; Vertagung einer Verhandlung ist es, wenn, nachdem der Termin (mit dem Aufrufe der Sache: ZPO. § 220) aber noch nicht die Verhandlung begonnen hat, diese auf einen anderen Termin verschoben wird; Anberaumung eines Termines zur Fortsetzung der Verhandlung ist die Anberaumung eines weiteren Verhandlungstermines nach Beginn der Verhandlung.

Wird zwar auch der neue Termin vom Vorsitzenden anberaumt, so steht doch die Entscheidung darüber, ob der Termin zu verlegen, die Verhandlung zu vertagen, ein neuer Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen sei, nicht dem Vorsitzenden allein, sondern dem Gerichte zu.

Vgl. auch ZPO. § 272[2]. S. dazu unten § 81 III.

Ist die Vertagung oder die Anberaumung eines Termines zur Fortsetzung der Verhandlung durch Verschulden einer Partei oder eines Parteivertreters verursacht (z. B. durch mangelhafte Vorbereitung), so kann das Gericht von Amts wegen die Erhebung einer besonderen Strafgebühr (vgl. oben § 51 VII) beschließen (GKG. § 48). Gegen die Aufhebung eines Termines durch Parteivereinbarung ist das Gericht machtlos.

VI. Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, soweit dies nicht aus besonderen Gründen untunlich ist. ZPO. § 219.

Z. B.: ein Augenschein ist an Ort und Stelle, oder es ist eine Untersuchung, z. B. die ärztliche Untersuchung einer Person, in einem besonders dafür eingerichteten Raume vorzunehmen, oder eine Urkunde kann aus besonderen Gründen (vgl. ZPO. § 434) nicht vor Gericht gebracht werden, oder es ist mit einer am Erscheinen, z. B. durch Krankheit, verhinderten Person zu verhandeln.

Von der Pflicht, persönlich an Gerichtsstelle zu erscheinen, sind befreit (und zwar gilt das für alle deutschen Gerichte): die Landesherren, die Mitglieder der landesherrlichen Familien, die Mitglieder des vormaligen hannöverischen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen herzoglich nassauischen Fürstenhauses. ZPO. § 219[2].

B. Fristen sind Zeitbestimmungen für einseitige Prozeßakte der Parteien des Rechtsstreites (und der sonst Beteiligten, z. B. Zeugen, Sachverständigen, vgl. unten § 82 II) oder der staatlichen Rechtspflegeorgane

(des Gerichtes, des Vorsitzenden, des Gerichtschreibers, Gerichtsvollziehers). Die Vorschriften, welche die Zivilprozeßordnung in den §§ 222 ff. über Fristbestimmungen aufstellt, gelten aber nur für Parteifristen.

Die Fristen für Handlungen staatlicher Prozeßorgane nennt man denn auch „uneigentliche Fristen". Ihre Verabsäumung hat nie prozessuale Wirkung, sondern kann nur disziplinare Ahndung pflichtwidrigen Verhaltens nach sich ziehen. Fristen solcher Art s. z. B. in ZPO. §§ 216[2], 310, 329[2], 315[3], 316[3], 544[1] (566), 571.

I. Für die Berechnung der Fristen gelten die Vorschriften der §§ 186 ff. BGB. und dazu noch folgende Bestimmungen (ZPO. § 222):

1. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist erst mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages; es soll gerade der letzte Tag der Frist noch der Partei zu ihrer Handlung freistehen.

2. Eine nach Stunden bemessene Frist (s. z. B. §§ 217, 262[1], 498[1], 604[2]) ist von einem Zeitpunkt zum anderen („a momento ad momentum") zu berechnen; dabei werden aber Sonntage und allgemeine Feiertage nicht mitgerechnet.

II. „Zwischenfristen" sind solche Fristen, welche mindestens zwischen einem Verhandlungstermin und einem ihn vorbereitenden Akt in der Mitte liegen müssen. Dieser Art sind die Einlassungs- und Ladungsfristen (s. oben § 69 II) und die Fristen für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze. ZPO. §§ 132, 272[2]. Solche Mindestfristen können auf Antrag, im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens, abgekürzt werden. Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird nicht dadurch gehindert, daß nun nicht mehr die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet werden kann. Über die Abkürzung verfügt der Vorsitzende bei der Terminsbestimmung; es bedarf dazu nicht des vorgängigen Gehörs des Gegners oder sonst Beteiligten (z. B. des Nebenintervenienten). Abschrift der Verfügung ist dem Beteiligten mitzuteilen. ZPO. § 226[2].

III. Die Zwischenfristen nötigen die Partei, den vorbereitenden Akt so zeitig vorzunehmen, daß der Terminstag noch mindestens um die Zwischenfrist davon entfernt ist. Die übrigen Fristen sind solche, bis zu deren Ablauf von einer Partei eine Prozeßhandlung vorzunehmen ist.

Den Parteien stehen auch hier sonst am Prozeß Beteiligte — Nebenintervenienten, Zeugen, Sachverständige — gleich.

1. Diese übrigen Fristen teilen sich in richterliche und in gesetzliche Fristen, ein Unterschied, der besonders für ihre Verlängerung und Abkürzung von Bedeutung ist.

Man streitet darüber, ob die Zwischenfristen gesetzliche oder richterliche seien; aber bei der besonderen Vorschrift des § 226 ist der Unterschied für sie bedeutungslos.

a) Richterliche Fristen sind solche, die durch richterliche Anordnung in Lauf gesetzt werden; und zwar beginnt ihr Lauf, sofern nicht bei ihrer Festsetzung etwas anderes bestimmt ist, mit ihrer Bekanntgabe: entweder mit der Zustellung des Schriftstückes, welches die Anordnung enthält, oder, wenn die Frist verkündet wird und es darum keiner Zustellung mehr bedarf, mit ihrer Verkündung. ZPO. § 221[1].

b) Gesetzliche Fristen sind solche, welche unmittelbar kraft Gesetzes mit dem Eintritt eines bestimmten prozessualen Vorganges (z. B. der Zustellung des Urteils) zu laufen beginnen.

Notfristen sind eine besondere Gruppe der gesetzlichen Fristen; es sind diejenigen und nur diejenigen, die ausdrücklich im Gesetz als Notfristen bezeichnet sind. ZPO. § 223[3].

Es sind zumeist Fristen, die für die Anfechtung gerichtlicher Entscheidung gesetzt sind: Einspruchsfrist § 339, Rechtsmittelfristen §§ 516, 552, 577[2], Wiederaufnahmefristen § 586 u. s. w. S. aber auch § 466 (Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme).

Nach anderer Auffassung besteht der Unterschied der gesetzlichen und der richterlichen Fristen darin, daß die Dauer einer richterlichen Frist durch richterliche Anordnung, die der gesetzlichen durch Gesetz bestimmt ist. Aber danach wäre die Einspruchsfrist, obwohl eine Notfrist (ZPO. § 339[1]), doch eine richterliche dann, wenn (nach § 339[2]) ihre Dauer durch gerichtliche Anordnung bestimmt wäre und könnte also zwar nicht durch Parteivereinbarung (ZPO. § 224[1]), aber auf einseitigen Antrag verlängert oder abgekürzt werden (§ 224[2].)

2. Ist der Lauf einer Frist — einer gesetzlichen oder richterlichen Frist — von einer Zustellung abhängig, die auf Parteibetrieb erfolgt, so beginnt er mit der Zustellung zugleich auch gegen die Partei, von welcher die Zustellung ausgeht. ZPO. § 221[2].

Durch diese Vorschrift wird erreicht, daß die Frist für die Anfechtung einer Entscheidung durch Einspruch oder Rechtsmittel (Berufung, Revision, in der Regel [ZPO. § 577[2]] auch sofortige Beschwerde) für beide Parteien gleichzeitig zu laufen beginnt. (Vgl. oben § 65 II, III.)

Die Bestimmung ist unanwendbar auf Zustellungen von Amts wegen, gilt aber auch für Zustellungen unter Vermittlung des Gerichtschreibers, vgl. unten § 71 II.

3. Richterliche wie gesetzliche Fristen können sich den Umständen nach als zu lang oder als zu kurz erweisen: eine Abkürzung oder Verlängerung wäre entweder durch Parteivereinbarung oder, auf einseitigen Parteiantrag, durch gerichtliche Entscheidung denkbar. Doch ist eine Änderung der einmal festgesetzten Dauer nicht bei allen Fristen gestattet.

a) Durch Parteivereinbarung können alle Fristen, gesetzliche wie richterliche, verlängert oder abgekürzt werden, mit Ausnahme nur der Notfristen. ZPO. § 224[1].

b) Auf Antrag kann das Gericht gesetzliche wie richterliche Fristen verlängern oder verkürzen, wenn erhebliche Gründe dafür glaubhaft gemacht sind; richterliche Fristen ganz allgemein, von den gesetzlichen Fristen

aber nur diejenigen, bei denen es vom Gesetz ausdrücklich für statthaft erklärt ist. ZPO. § 202[2].

Die Entscheidung über das Gesuch bedarf keiner vorgängigen mündlichen Verhandlung; eine Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf aber nur nach Anhörung des Gegners bewilligt werden. Unanfechtbar ist (gegen die Regel des § 567 ZPO.) der Beschluß, durch welchen ein Gesuch um Fristverlängerung zurückgewiesen ist. ZPO. § 225.

Im Fall einer Fristverlängerung berechnet sich die neue Frist, wenn nicht im einzelnen Fall eine andere Bestimmung getroffen ist, vom Ablauf der vorigen Frist an. ZPO. § 224[3].

4. Störungen des Prozeßbetriebes — Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Verfahrens, seine Hemmung durch die Gerichtsferien — äußern naturgemäß ihren Einfluß gerade auch auf den Lauf von Fristen. ZPO. §§ 223, 249; darüber unten § 72 C 3.

Die Gerichtsferien haben richtiger Ansicht nach auf die Zwischenfristen (oben B 2) keinen Einfluß, da für sie eine Gerichtstätigkeit nicht in Frage kommt.

5. Notfristen können nach dem Gesagten auf keine Weise verlängert oder abgekürzt werden; dafür ist gegen die Versäumung einer Notfrist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich (ZPO. §§ 233 ff.; vgl. unten § 86); und Zustellungen, durch die eine Notfrist gewahrt werden soll, können ausnahmsweise auch im Anwaltsprozeß durch Vermittlung des Gerichtschreibers erfolgen (ZPO. § 166[2]), so daß für die Wahrung von Notfristen auch im Anwaltsprozeß die erleichternde Vorschrift des § 207[2] ZPO. gilt.

Durch Parteivereinbarung können Notfristen auch nicht gehemmt werden: auf ihren Lauf ist die Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, ohne Einfluß (ZPO. § 251[1]); und auch durch die Gerichtsferien werden sie nicht gehemmt (ZPO. § 223[2]).

6. In manchen Fällen zieht das Gesetz für die Vornahme einer Handlung eine doppelte zeitliche Schranke: außer einer kürzeren Frist, die mit einem der Zeit nach unbestimmten Umstande zu laufen beginnt, setzt es noch eine längere, absolute Frist, eine Jahresfrist, die von einem festen Zeitpunkt ihren Anfang nimmt; nach Ablauf dieser absoluten Frist ist die Handlung schlechthin ausgeschlossen, sollte auch der Umstand noch nicht eingetreten sein, durch den jene kürzere Frist in Lauf gesetzt wird. Vgl. ZPO. §§ 234[3], 586[2], 958[2], 1044[2]. Diese Jahresfristen werden durch die Gerichtsferien nicht gehemmt.

Das letztere wird allgemein angenommen; aber mit verschiedenartiger Begründung. Es genügt der Grund, daß mit dem offenbaren Willen des Gesetzes, eine absolute Ausschlußfrist von bestimmter Dauer zu schaffen, eine Hemmung ihres Laufes nicht im Einklang stehen würde.

7. Im einzelnen sind die Fristen von sehr mannigfacher Bedeutung, wie sich in der Lehre von der Versäumnis zeigen wird (s. § 85).

C. Die in Bezug auf Termine und Fristen dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen auch dem beauftragten oder ersuchten Richter hinsichtlich der von ihnen zu treffenden Zeitbestimmungen zu. ZPO. § 229.

§ 71.

Zustellung.[1])

Zustellung (vgl. oben § 64 III) ist ein förmlicher Akt, der bezweckt, einer Partei oder einem sonst am Prozeß (in irgendwelchem Sinn) beteiligten dritten (z. B. einem Nebenintervenienten, Zeugen, Sachverständigen) eine prozessuale Erklärung in schriftlicher Gestalt zu übermitteln.

I. Die Zustellung kann veranlaßt sein durch eine Partei (oder einen sonst beteiligten dritten) oder durch das Gericht. Danach unterscheiden wir Zustellungen auf Parteibetrieb und Zustellungen von Amts wegen. (Vgl. dazu oben § 68.) Sofern nämlich zur Fortführung des Prozesses ein Parteiakt und zu diesem Parteiakt eine Zustellung erforderlich ist, so erfolgt die Zustellung auf Parteibetrieb. Hat aber für den Fortbetrieb des Prozesses das Gericht zu sorgen und bedarf es hiefür der Zustellung einer Entscheidung, so erfolgt die Zustellung von Amts wegen.

Den Gegenstand einer auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellung bildet aber nicht immer auch eine Erklärung der Partei. Vielmehr, wenn die Zustellung schon verkündeter Entscheidungen nur den Zweck hat, gewisse Prozeßwirkungen herbeizuführen (wie z. B. den Beginn der Rechtsmittelfrist, vgl. oben § 65 II, III), so erfolgt sie auf Parteibetrieb; ihr wesentlicher Zweck ist hier nicht eine Mitteilung, sondern der Fortbetrieb des Verfahrens nach bestimmter Richtung hin.

Die Regeln über den Betrieb der Zustellungen erleiden gewisse Ausnahmen für besondere Prozeßarten, wie auch für das Vollstreckungsverfahren, wovon später die Rede sein wird.

II. Für Zustellungen, die von Amts wegen zu bewirken sind, hat der Gerichtschreiber Sorge zu tragen. ZPO. § 209. Aber auch bei einem Teil der auf Parteibetrieb erfolgenden Zustellungen ist der Gerichtschreiber insofern zur Mitwirkung berufen, als durch seine Vermittlung der Zustellungsbeamte mit der Zustellung beauftragt werden kann. ZPO. §§ 166, 168, 196, vgl. auch §§ 497, 501 (s. dazu unten § 95).

Die Grenze zwischen der Zustellung von Amts wegen und der Zustellung auf Parteibetrieb scheint äußerlich hiedurch verwischt. Aber es bleibt doch der Unterschied, daß im einen Falle der Antrieb zur Zustellung vom Gericht, im anderen von der Partei ausgeht, das Zustellungsorgan im einen Falle als Beauftragter des Ge-

[1]) Planck § 33 III A, § 70. Schmidt § 79. Bezüglich der nur allzu vielen Zweifelsfragen über Einzelheiten sei auf die Komment. (zu ZPO. §§ 166 ff.) verwiesen.

richtes, im anderen Falle aber, wenn auch der Gerichtschreiber den Auftrag vermittelt, als Beauftragter der Partei handelt. Der Antrieb zur Zustellung liegt, wenn eine Parteierklärung unter Vermittlung des Gerichtschreibers zuzustellen ist, darin, daß der Parteischriftsatz beim Gericht eingereicht oder die Erklärung zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegeben wird. Soll unter Vermittlung des Gerichtschreibers eine Entscheidung auf Parteibetrieb zugestellt werden (z. B. ein amtsgerichtliches Urteil zu dem Zwecke, die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen), so bedarf es dazu eines besonderen Antrages; nicht hat von sich aus der Gerichtschreiber für die Zustellung der Entscheidung Sorge zu tragen.

III. Die Zustellung besteht immer in der Übermittlung eines Schriftstückes. Als das Schriftstück, das „zuzustellen" ist, als den Gegenstand der Zustellung, betrachtet das Gesetz die ursprüngliche Niederschrift der mitzuteilenden Erklärung, die Originalschrift; was aber tatsächlich durch den Zustellungsakt übermittelt wird, ist entweder eine beglaubigte Abschrift oder eine Ausfertigung (vgl. oben § 44a IV 2 c) der Originalschrift. ZPO. § 170[1].

In der Regel genügt die Übergabe einer beglaubigten Abschrift (auch für die Zustellung nicht verkündeter Entscheidungen von Amts wegen und auch für die Zustellung von Urteilen auf Parteibetrieb). Aber ungültig ist anderseits die Zustellung in keinem Falle, wenn die Ausfertigung einer Entscheidung (z. B. die dem Kläger erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Urteils, ZPO. §§ 724, 725) übergeben wird. Ausdrücklich vorgeschrieben ist die Zustellung einer „Ausfertigung" beim Schiedsspruch in ZPO. § 1039; die Ladung von Zeugen oder Sachverständigen ist vom Gerichtschreiber „auszufertigen", diese Ausfertigung ist dann auch von Amts wegen zuzustellen, ZPO. §§ 377, 402. Im einzelnen ist vieles streitig.

Die Beglaubigung der zu übergebenden Abschrift erfolgt bei Zustellungen von Amts wegen durch den Gerichtsschreiber ZPO. § 210; bei Zustellungen auf Parteibetrieb durch den Gerichtsvollzieher, wenn aber die Zustellung durch einen Anwalt betrieben wird (gleichviel ob im amtsgerichtlichen Verfahren oder im Anwaltsprozeß), durch diesen.

Doch ist die Zustellung (auch im Anwaltsprozeß) nicht ungültig, wenn die Beglaubigung durch den Gerichtschreiber erfolgt, der den Auftrag vermittelt.

Enthält das zuzustellende Schriftstück eine Ladung, so ist auch die Terminsbestimmung zu beglaubigen, und zwar durch den Gerichtschreiber, wenn durch seine Vermittlung die Zustellung erfolgt; das gilt auch für den Anwaltsprozeß: ZPO. § 166[2]; die Beglaubigung gehört mit zu der dem Gerichtschreiber obliegenden Vermittlung; doch kann gewiß auch der betreibende Rechtsanwalt die Beglaubigung übernehmen und zu diesem Zweck das Schriftstück sich zunächst wieder geben lassen, und kann anderseits auch der Gerichtschreiber die Beglaubigung dem Gerichtsvollzieher überlassen, dem er den Auftrag zur Zustellung erteilt.[3])

IV. Die Person, der gegenüber die Prozeßhandlung vorzunehmen ist, welche sich durch die Zustellung vollzieht, ist der Zustellungsadressat.

1. Nur einer prozeßfähigen Partei kann zugestellt werden; für eine

[3]) Vgl. dazu ERG. Bd. 45 Nr. 114.

prozeßunfähige Partei erfolgt die Zustellung an ihren gesetzlichen Vertreter. ZPO. § 171[1].

Die prozeßunfähige Partei kann selbst nicht handeln und es kann darum auch mit Wirksamkeit gegen sie keine Prozeßhandlung vorgenommen werden.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei parteifähigen Vereinen genügt aber die Zustellung an die Vorsteher, auch wenn sie nicht zugleich die gesetzlichen Vertreter sein sollten. ZPO. § 171[2].

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen von ihnen. ZPO. § 171[3].

2. Auf der anderen Seite: da Prozeßhandlungen mit Wirksamkeit für die Partei gegenüber jedem vorgenommen werden können, der zu ihrer Vertretung befugt ist, so können Zustellungen — insbesondere schon gleich die Zustellung der Klagschrift — an einen Generalbevollmächtigten der Partei, sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an ihren Prokuristen mit der gleichen Wirkung wie an die Partei selbst erfolgen. ZPO. § 173.

3. Eine Vollmacht kann von einer Partei speziell zur Empfangnahme an sie gerichteter Zustellungen erteilt werden; eine mit solcher Vollmacht versehene Person heißt Zustellungsbevollmächtigter. Unter gewissen Umständen muß eine Partei einen Zustellungsbevollmächtigten haben.

Nämlich: wenn eine Partei selbst (oder, wenn sie prozeßunfähig ist, ihr gesetzlicher Vertreter) weder am Orte des Prozeßgerichtes noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnhaft ist, so kann auf Antrag das Gericht anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person als Zustellungsbevollmächtigten bestelle. — Die Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen und ist unanfechtbar.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reich, so braucht es nicht einmal einer gerichtlichen Anordnung; die Partei hat ohne weiteres einen Zustellungsbevollmächtigten zu ernennen.

Doch bedarf es eines Zustellungsbevollmächtigten dann nicht, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten hat, der an dem Orte des Prozeßgerichts oder in dem oben bezeichneten Bezirke wohnhaft ist. ZPO. § 174.

In jedem Falle braucht ein Zustellungsbevollmächtigter erst nach der Klagerhebung bestellt zu werden. Und zwar muß er bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem benannt werden.

Kommt eine Partei der Verpflichtung, einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen, nicht rechtzeitig nach, so ist die Folge die: alle späteren Zustellungen können, bis zur nachträglichen Benennung, „durch Aufgabe zur Post" bewirkt werden; nämlich so, daß der Gerichtsvollzieher das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post gibt; damit schon — mit der bloßen Aufgabe zur Post — gilt die Zustellung als bewirkt, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt (die Partei kann jedoch verlangen, daß die Postsendung „eingeschrieben" erfolge, wenn sie sich zur Zahlung der Mehrkosten bereit erklärt). ZPO. § 175.

4. Militärischen Rücksichten entspringt die Sondervorschrift des § 172 ZPO.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompanie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

5. Hat eine Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, so steht nun diesem die gesamte Prozeßführung zu. Unter diesem Gesichtspunkt bestimmt der § 176 ZPO.: in einem anhängigen Prozeß — also nach der Klagerhebung — müssen alle Zustellungen, ohne jede Ausnahme, an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen; Zustellungen an die Partei selbst sind unwirksam.

Eine Instanz dauert bis zur Zustellung des Urteils, das sie beendigt; als zur Instanz gehörig sind aber hier auch noch gewisse weitere Prozeßakte anzusehen; vgl. darüber ZPO. § 178.

Bezüglich der Zustellung von Rechtsmittelschriftsätzen trifft der § 179 ZPO. besondere Bestimmungen.

6. Endlich wird in den §§ 177, 179[3] Vorsorge getroffen für den Fall, daß an einen Prozeßbevollmächtigten zuzustellen ist, dessen Aufenthalt unbekannt ist.

Verschieden von der Frage, wem gegenüber die Zustellung (als Rechtsakt) vorzunehmen sei, ist die andere, an wen die (tatsächliche) Übergabe des Schriftstückes zu geschehen habe, durch welche sich die Zustellung vollzieht. Sie muß nicht notwendig an den Zustellungsadressaten selbst, sie kann auch unter Umständen an andere Personen geschehen, mit der Wirkung, daß das Schriftstück als an den Adressaten zugestellt gilt. Eine solche Zustellung heißt Ersatzzustellung; §§ 181—185 (darüber unten VI A 3).

V. Was die Ausführung der Zustellung angeht, so ist zu unterscheiden: 1. Zustellung innerhalb des Deutschen Reiches, 2. Zustellung im Auslande (und in den im § 201 bezeichneten Fällen), 3. öffentliche Zustellung.

In einzelnen Beziehungen ist die Zustellung von Amts wegen abweichend von der Zustellung auf Parteibetrieb gestaltet. Diese Abweichungen werden weiter unten (X) dargestellt; im übrigen sind die Vorschriften gleich. ZPO. § 208.

VI. Die Zustellung auf Parteibetrieb innerhalb des Deutschen Reiches kann auf dreierlei Weise geschehen: 1. durch den Gerichtsvollzieher, 2. durch die Post, 3. von Anwalt zu Anwalt.

A. Zustellung durch den Gerichtsvollzieher. Sie wird in ihrem ganzen Verlaufe allein durch den Gerichtsvollzieher und unter seiner ausschließlichen Verantwortlichkeit ausgeführt, und zwar im Auftrage der Partei. Da er für seine Dienste ein Entgelt empfängt — für seine Dienste, nicht für einen durch sie hergestellten Erfolg — so ist sein Verhältnis zur Partei nach den Regeln des Dienstauftrages[3]) — des Dienst-

[3]) Gegen die Annahme eines Werkvertrages spricht, daß der Gerichtsvollzieher Gebühren auch erhält, wenn seine Bemühung erfolglos geblieben, eine Zwangsvollstreckung

vertrages, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat" — zu beurteilen. BGB. § 675.

Die Zustellung selbst mit den ihr eigentümlichen prozessualen Wirkungen bewirkt er als staatliches Organ, als öffentlicher Beamter, und zwar handelt er selbständig, nicht als Organ des Gerichtes; er hat selbstständig die Zulässigkeit seiner Handlungen zu prüfen. Er ist aber — innerhalb der Schranken des Gesetzes — an die Weisungen der Partei gebunden und ihr unmittelbar privatrechtlich verantwortlich.[4])

1. Der Auftrag wird von der Partei oder ihrem Vertreter erteilt; er kann, da er an sich keine Prozeßhandlung ist, auch im Anwaltsprozesse von der Partei selbst erteilt werden.[5]) Im amtsgerichtlichen Verfahren kann der Auftrag durch den Gerichtschreiber des Prozeßgerichtes vermittelt werden; im Anwaltsprozeß ist eine solche Vermittlung nur für diejenigen Zustellungen statthaft, durch welche eine Notfrist gewahrt werden soll. ZPO. § 166, vgl. § 207 (s. dazu unten IX 2).

Insoweit die Vermittlung des Gerichtschreibers zulässig ist, tritt sie von selbst ein, wenn nicht die Partei ausdrücklich erklärt hat, daß sie einen Gerichtsvollzieher unmittelbar beauftragen wollen; in Anwaltsprozessen wird eine solche Erklärung sogar nur berücksichtigt, wenn sie in dem zuzustellenden Schriftsatz enthalten ist. ZPO. § 168.

Der Gerichtschreiber vermittelt den Auftrag, ohne darum selbst Beauftragter der Partei zu sein; er handelt, zwar im Parteiinteresse, aber von Amts wegen, als öffentliches Rechtspflegeorgan; der Gerichtsvollzieher ist auch hier Beauftragter der Partei.

Um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtschreiber zur Beauftragung eines Gerichtschreibers mit der Zustellung zu ermächtigen, genügt die mündliche Erklärung einer Partei.

Eine durch den Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung gilt, nach außen hin, bis zum Beweise des Gegenteiles, als im Auftrage der Partei erfolgt. ZPO. § 167[2].

Diese Vermutung bezieht sich aber nicht auf das innere Verhältnis der Partei zum Gerichtsvollzieher.

Um den Gerichtsvollzieher zur Ausführung des Auftrages in Stand zu setzen und zu verpflichten, hat ihm die Partei die Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes zu übergeben und dazu eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften.

Soll die Zustellung durch den Gerichtschreiber vermittelt werden, so muß die Partei zunächst diesem die Schriftstücke übergeben. ZPO. § 169.

---

vergeblich gewesen ist; Gebührenordn. f. Gerichtsvollzieher §§ 4[4], 6[2], 9[2]. Daß der „Erfolg" hier in der Konstatierung der Vergeblichkeit bestehe, wird sich nicht einwenden lassen.

[4]) Über das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei noch unten in der Lehre von der Zwangsvollstreckung; vgl. einstweilen ERG. Bd. 19 Nr. 99 (Vereinigte Zivilsenate). — Also nicht anwendbar BGB. § 839[1]! Anwendbar aber z. B. BGB. § 278.

[5]) S. oben § 25 N. 6.

Die Zeit der Übergabe an den Gerichtsvollzieher oder Gerichtschreiber ist von Wichtigkeit für die Wiedereinsetzung aus dem Grunde des § 235 ZPO., die Zeit der Übergabe an den Gerichtschreiber außerdem wegen der Bestimmung des § 207[2]; sie ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken; auch kann die Partei eine Bescheinigung darüber verlangen. ZPO. § 169.

2. Die Zustellungen können im Deutschen Reiche an jedem Ort erfolgen, wo die Person, an welche zugestellt werden soll, gerade angetroffen wird, nicht etwa bloß an ihrem Wohnort oder regelmäßigen Aufenthaltsorte; hat aber die Person an dem Orte, wo ihr zugestellt werden soll, eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so braucht sie außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokales die Zustellung nicht anzunehmen, und ist die außerhalb erfolgte Zustellung nur gültig, wenn ihre Annahme nicht verweigert ist. ZPO. § 180.

3. Daß aber anderseits an dem Orte, an dem der Zustellungsadressat eine Wohnung oder ein Geschäftslokal hat, die Zustellung ausführbar sei, auch wenn er in der Wohnung oder dem Geschäftslokal nicht angetroffen wird, dafür ist durch die Bestimmungen über die Ersatzzustellung: ZPO. §§ 181—184 Sorge getragen.

a) Die Person wird in ihrer Wohnung nicht angetroffen. Dann kann die Übergabe des Schriftstückes erfolgen:

α) an eine erwachsene Person, die zur Familie gehört und in demselben Hause wohnt oder die in der Familie bedienstet ist;

β) wenn eine solche Person nicht angetroffen wird, an den Hauswirt (das ist nicht notwendig der Hauseigentümer) oder Vermieter, vorausgesetzt, daß sie in demselben Hause wohnen und zur Annahme des Schriftstückes bereit sind. § 181;

γ) wenn der Versuch, auf diese Weise die Zustellung zu bewirken, sich als vergeblich erweist, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück entweder auf der Gerichtschreiberei des Amtsgerichtes, in dessen Bezirk der Zustellungsort gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und daß die Niederlegung sowohl durch eine an der Tür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige als auch — soweit tunlich — durch mündliche Mitteilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird. § 182.

b) Die Person betreibt ein Gewerbe (nicht notwendig im Sinne der Gewerbeordnung), hat ein besonderes Geschäftslokal und wird in diesem nicht angetroffen. Dann kann das Schriftstück einem darin anwesenden Gewerbegehilfen übergeben werden. Wird ein Rechtsanwalt, ein Notar oder ein Gerichtsvollzieher in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Übergabe an einen darin anwesenden Gehilfen oder Schreiber erfolgen. § 183.

c) Handelt es sich um eine Zustellung an den gesetzlichen Vertreter oder den Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Vereins, und wird der Vertreter oder Vorsteher in dem Geschäftslokal während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, so kann das Schriftstück einem anderen im Geschäftslokal anwesenden Beamten oder Bediensteten übergeben werden; das kann auch geschehen, wenn der Vertreter oder Vorsteher zwar anwesend, aber an der Annahme (z. B. durch andere Geschäfte) verhindert ist. § 184.

d) Ist die Zustellung sowohl in der Wohnung wie im Geschäftslokale möglich, so kann der Gerichtsvollzieher die Zustellung nach seinem Ermessen an dem einen oder

dem anderen Orte vornehmen. Er kann, wenn er den Zustellungsadressaten nicht in der Wohnung antrifft, die Ersatzzustellung nach §§ 181, 182 bewirken oder die Zustellung im Geschäftslokale versuchen. Er kann, wenn er den Zustellungsadressaten nicht im Geschäftslokal antrifft, zur Ersatzzustellung nach § 183 greifen oder die Zustellung in der Wohnung vornehmen. Äußersten Falles führt die Zustellung nach § 182 immer zum Ziele.

Handelt es sich aber um eine Zustellung an den gesetzlichen Vertreter oder den Vorsteher einer Behörde oder einer juristischen Person (§ 184[1]), so kann eine Ersatzzustellung nach §§ 181, 182 überhaupt nur stattfinden, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist (§ 184[2]), oder wenn (so muß man hinzufügen) eine Zustellung in diesem sich als unausführbar erweist.

Die Ersatzzustellung (nach §§ 181, 183 und 184[1]) darf *nicht* erfolgen an eine Person, die an dem Rechtsstreit als *Gegner* des Zustellungsadressaten beteiligt ist (z. B. in einem Scheidungsprozesse nicht an den Ehemann an Stelle der Ehefrau). ZPO. § 185.

Eine besondere Bestimmung trifft der § 187 für die *Ersatzzustellung von Ladungen*. Ist dabei gegen die Vorschriften der §§ 181—186 verstoßen, so gilt doch die Zustellung als bewirkt, wenn die Ladung wirklich in die Hände der Partei gelangt ist und dies aus deren eigenen Erklärungen (gleichviel übrigens, in welcher Weise sie abgegeben sind, ob in mündlicher Verhandlung oder in einem vorbereitenden Schriftsatze) hervorgeht. Die Zustellung gilt aber erst mit dem Zeitpunkte bewirkt, zu welchem sie die Partei nach ihrer eigenen Erklärung erhalten hat.

4. Zum Vollzuge der Zustellung durch Übergabe gehört auch die *Annahme* des Schriftstückes; wird nun aber diese ohne gesetzlichen Grund *verweigert*, so kommt die Zustellung dadurch zu stande, daß das zu übergebende Schriftstück am Zustellungsort zurückgelassen wird. ZPO. § 186.

5. *Zustellungszeit*. Zur Nachtzeit und an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen (über letzteren Begriff s. oben § 70 II) darf keine Zustellung erfolgen (ausgenommen nur eine Zustellung durch Aufgabe zur Post), es sei denn, daß durch richterliche Verfügung dazu besondere Erlaubnis erteilt ist.

Diese Verfügung ist bei der Zustellung abschriftlich mitzuteilen. Die Erlaubnis kann erteilt werden: vom Vorsitzenden des Prozeßgerichtes oder vom Amtsrichter des Zustellungsortes; in Angelegenheiten, die durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, auch von diesem; sie soll nicht ohne zureichenden Grund (wie z. B. bei Gefahr auf Verzug) erteilt werden.

Die Nachtzeit beginnt um 9 Uhr Abends und währt im Halbjahr vom 1. April bis 30. September bis 4 Uhr, in dem Halbjahr vom 1. Oktober bis 31. März aber bis 6 Uhr Morgens. ZPO. § 188.

Eine Zustellung, bei der diese Bestimmungen nicht beobachtet sind, braucht nicht angenommen werden; sie ist aber gültig, wenn die Annahme nicht verweigert wird. ZPO. § 188[4].

6. Für den *Beweis der Zustellung* ist gesorgt durch die Vorschrift, daß über die Zustellung eine Urkunde aufzunehmen ist, § 190[1],

eine sogen. „Zustellungsurkunde", mit einem vom Gesetze (im § 191, für die Zustellung durch Aufgabe zur Post im § 192) genau bestimmten Inhalte. Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde; ihre Beweiskraft bestimmt sich nach ZPO. § 418, dies aber nur, wenn sie den Anforderungen des § 191 entspricht; eine mangelhafte Zustellungsurkunde ist zum Beweis der Zustellung nicht genügend. Aber die Aufnahme einer Zustellungsurkunde gehört nicht zu den Förmlichkeiten der Zustellung, sie dient nur dem Beweise der Zustellung; und dieser Beweis kann auch durch andere Beweismittel erbracht werden.

Das ist sehr zweifelhaft und bestritten; die Praxis der Gerichte, insbesondere auch des Reichsgerichtes, ist schwankend.[6])

Die Urschrift der Zustellungsurkunde ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes oder auf einen mit dieser zu verbindenden Bogen zu setzen und der Partei zu übermitteln, für welche die Zustellung erfolgt. Eine vom Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen damit zu verbindenden Bogen zu setzen. Bei einem Widerspruch zwischen Urschrift und Abschrift ist die Urschrift beweisend; doch darf dem Zustellungsadressaten nie ein Nachteil daraus erwachsen, daß er sich auf die Richtigkeit der Abschrift verlassen hat.

B. Zustellung durch die Post (zu unterscheiden von der oben V 3 erwähnten Zustellung durch Aufgabe zur Post).

„Zustellungen können auch durch die Post erfolgen". ZPO. § 193.

Auch dabei wirkt der Gerichtsvollzieher mit: er hat die Post um die Zustellung zu ersuchen; er hat sie zu ersuchen, „die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen"; der eigentliche Zustellungsakt — die Aushändigung — erfolgt aber dann durch den Postboten. § 195[1]. Ausgehändigt wird jedoch hier nicht ein offenes, sondern ein verschlossenes Schriftstück; der Gerichtsvollzieher übergibt der Post mit seinem Ersuchen um Zustellung die für den Zustellungsadressaten bestimmte Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift in einem Briefumschlag, der durch seine Dienstsiegel verschlossen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehen und mit einer Geschäftsnummer bezeichnet ist. § 194[1].

Es bedarf denn auch einer doppelten Beurkundung: durch den Gerichtsvollzieher, welcher das Schriftstück der Post übergibt, und durch den Postboten, welcher es aushändigt.

1. Der Gerichtsvollzieher hat zu beurkunden (und zwar auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem damit zu verbindenden Bogen), daß die Übergabe an die Post in der vorgeschriebenen Weise und für wen sie geschehen ist; auf

---

[6]) Von der hier vertretenen Auffassung gehen aus die Entscheidungen ERG. Bd. 12 Nr. 105, Bd. 17 Nr. 103, Bd. 31 Nr. 113; dagegen wird die Zustellungsurkunde zu den Förmlichkeiten der Zustellung gerechnet in ERG. Bd. 11 Nr. 106, Bd. 19 Nr. 85. — Dementsprechend wird auch bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt (C.) das schriftliche, mit bestimmtem Datum versehene Empfangsbekenntnis des Anwalts (ZPO. § 198[2]) als Formerfordernis der Zustellung angesehen, doch aber dagegen der Beweis der Unrichtigkeit des Datums zugelassen, vgl. (zu der zitierten Entsch. ERG. Bd. 19 Nr. 85) ERG. Bd. 8 Nr. 89, Bd. 13 Nr. 95, Bd. 51 Nr. 37, ja sogar der Beweis, daß in Wahrheit überhaupt keine Zustellung stattgefunden habe, ERG. Bd. 15 Nr. 98.

dem bei der Zustellung zu übergebenden Schriftstück hat er zu vermerken, für welche Person er es der Post übergibt.

2. Die Zustellungsurkunde ist von dem Postboten aufzunehmen. Sie muß den im § 191 für die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher vorgeschriebenen Inhalt haben, nur mit dem Unterschiede, daß anstatt der Übergabe „einer Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde" (§ 191 Nr. 6) hier die Übergabe „des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlages sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde" bezeugt wird. § 195[2].

Die Zustellungsurkunde ist von dem Postboten der Postanstalt, von dieser dem Gerichtsvollzieher überliefert, der sie dann seinem Auftraggeber aushändigt. § 195[3].

Insoweit eine Zustellung unter Vermittlung des Gerichtschreibers zulässig ist, kann derselbe, nach seinem Ermessen, anstatt nach § 168 einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen, auch unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen; dann hat der Gerichtschreiber die Akte vorzunehmen, die nach §§ 194, 195 dem Gerichtsvollzieher obliegen, auch die erforderliche Beglaubigung zu bewirken. § 196.

Die Übergabe an die Post braucht nicht durch den Gerichtschreiber persönlich, sondern kann auch in seinem Auftrag durch eine andere dazu berufene Hilfsperson (z. B. einen Gerichtsdiener) erfolgen.

Wenn eine Zustellung auswärts erfolgen soll, so ist die Zustellung durch die Post bequemer und billiger als die durch den Gerichtsvollzieher, bequemer, weil die Partei nicht den zuständigen auswärtigen Gerichtsvollzieher aufzusuchen braucht, billiger, insofern die Unkosten erspart werden, die aus einer Reise des Gerichtsvollziehers erwachsen würden. Wenn nun eine Partei eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher vornehmen läßt, die durch die Post hätte bewirkt werden können, so bleiben ihr die Mehrkosten zur Last, auch wenn im übrigen der Gegner zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt wird. § 197.

C. Zustellung von Anwalt zu Anwalt. Ein solche ist möglich, wenn beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten und diese darüber einverstanden sind. ZPO. § 198[1].

Die Übergabe des Schriftstückes kann auf jede beliebige Weise erfolgen. Genügend zum Beweise der Zustellung ist das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekenntnis des Anwalts, welchem zugestellt worden ist. Es kann aber auch der Beweis der Zustellung auf andere Art geführt werden.[7])

Der Anwalt anderseits, dem zugestellt worden ist, kann über die Zustellung eine Bescheinigung des zustellenden Anwaltes verlangen, dieser ist zur Ausstellung einer solchen verpflichtet. § 198[2].

Nach RAO. § 19[2] kann auch die Zustellung von Anwalt zu Anwalt an den ständigen Zustellungsbevollmächtigten des nicht am Gerichtsort wohnhaften Rechtsanwaltes so wie an diesen selbst erfolgen.

---

[7]) S. darüber die vorhergehende Note.

VII. Zustellung im Ausland. Sie erfolgt durch Ersuchen entweder der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residierenden Konsuls oder Gesandten des Reiches. ZPO. § 199.

Sie wird stets durch den Vorsitzenden des Prozeßgerichtes vermittelt; dieser erläßt das erforderliche Ersuchungsschreiben; der Parteibetrieb beschränkt sich hier auf das Gesuch um Erlassung des Ersuchungsschreibens. ZPO. § 202[1].

1. Ob ein unmittelbares Ersuchen der Behörden des fremden Staates statthaft ist, richtet sich nach dem Rechte dieses Staates, sofern nicht durch Staatsvertrag (des Reiches oder des Einzelstaates) etwas darüber bestimmt ist.

2. Der ersuchte Konsul oder Gesandte hat für die Ausführung der Zustellung zu sorgen, entweder — soweit das zulässig ist — unmittelbar oder durch Vermittlung einer Behörde des fremden Staates.

Nach § 19 des Bundesgesetzes vom 8. November 1867 (vgl. dazu Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1900 § 10) sind die Konsuln befugt, an alle in ihrem Amtsgerichtsbezirk sich aufhaltenden Personen Zustellungen zu bewirken; ob sie von dieser Befugnis aber auch Nichtdeutschen gegenüber Gebrauch machen können, hängt von dem Rechte des fremden Staates ab.

Der Nachweis der Zustellung wird erbracht durch das schriftliche Zeugnis der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei. § 202[2].

Besondere Vorschriften sind für Zustellungen im Ausland getroffen, die geschehen sollen: 1. an exterritoriale Deutsche.

Die Zustellung erfolgt, wenn sie zur Mission des Reiches gehören, mittels Ersuchens des Reichskanzlers, wenn sie zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates. ZPO. § 200[1].

2. An Vorsteher der Reichskonsulate.

Die Zustellung erfolgt mittels Ersuchens des Reichskanzlers. § 200[2].

Wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Ausführung nach den dafür geltenden Vorschriften sich als unmöglich erweist oder von vornherein als erfolglos erscheint, so ist öffentliche Zustellung zulässig. ZPO. § 203[2]. Vgl. unten VIII.

Eine Zustellung mittels Ersuchens gestattet das Gesetz ferner auch in folgenden Fällen (neben der regelmäßigen Zustellung — im Inlande oder im Auslande).

a) Zustellungen an Personen, die zu einem mobilen Truppenteile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können auch mittels Ersuchens der vorgesetzten Kommandobehörde erfolgen; und ebenso b) Zustellungen an Personen, die zu einem im Auslande befindlichen Truppenteil gehören. ZPO. § 201.

Auch für diese Fälle gelten die Bestimmungen des § 202.

VIII. Öffentliche Zustellung.

1. Sie ist nur in bestimmten Notfällen zulässig; nämlich:

1) wenn der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist;

2) zum Ersatz einer unausführbaren Zustellung im Auslande (vgl. oben VII);

3) weil die Zustellung in der Wohnung einer nach GVG. §§ 18, 19 exterritorialen Person erfolgen soll und aus diesem Grunde nicht bewirkt

werden kann (weil nämlich zur Zustellung in der Wohnung nach völkerrechtlichem Grundsatz die Zustimmung des Inhabers erforderlich ist).

2. Die öffentliche Zustellung darf erst erfolgen, *nachdem das Prozeßgericht* (und zwar das Gericht der Instanz, in welcher der Prozeß gerade anhängig ist) sie, nach Prüfung ihrer Voraussetzungen, *für zulässig erkannt hat*; diese Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Handelt es sich um eine Zustellung auf *Parteibetrieb*, so muß also zunächst die betreibende Partei ein *Gesuch* um Bewilligung der öffentlichen Zustellung einreichen. Soll die Zustellung *von Amts wegen* erfolgen, so beschließt das Gericht auch von Amts wegen über die Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung.

3. Die *Ausführung* der öffentlichen Zustellung aber besorgt in jedem Falle der Gerichtschreiber von Amts wegen. Es bedarf dazu in jedem Fall der Anheftung der zuzustellenden Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes an die Gerichtstafel; enthält das Schriftstück eine *Ladung*, so ist außerdem erforderlich: die zweimalige Einrückung eines *Auszugs* in das Amtsblatt des Sitzes des Prozeßgerichts (d. h. dasjenige Blatt, das für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist), sowie die einmalige Einrückung des Auszuges im deutschen Reichsanzeiger; auch kann das Prozeßgericht im einzelnen Fall anordnen, daß der Auszug noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde. ZPO. § 204. Der Auszug muß die folgenden in § 205 geforderten Angaben enthalten: das Prozeßgericht, die Parteien, den Gegenstand des Prozesses, den Antrag, den Zweck der Ladung, die Zeit, zu der der Geladene erscheinen soll. ZPO. § 205.

4. Als *bewirkt* gilt hier die Zustellung aber nicht schon mit dem Zustellungsakt selbst, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, und zwar gilt das Schriftstück, 1. wenn es eine *Ladung* enthält, als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszuges in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist; bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung kann aber das Prozeßgericht den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären; 2. wenn es *keine* Ladung enthält, so gilt es als zugestellt, wenn seit der Anheftung an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind. ZPO. § 206.

In beiden Fällen kommt es für die Gültigkeit der Zustellung nicht darauf an, daß das Schriftstück während der ganzen Zeit angeheftet geblieben ist.

IX. Die Wirkungen der Zustellung treten erst ein, wenn sie *vollendet* ist; das gilt grundsätzlich auch von der Zustellung im Ausland und von der öffentlichen Zustellung, ebenso wie von der Zustellung unter Vermittlung des Gerichtschreibers. Bei diesen Zustellungsarten hat aber das Gesetz, da auf ihre rechtzeitige Ausführung die Partei nicht unmittelbar

selbst einzuwirken vermag, nach bestimmten Richtungen hin, Ausnahmen gemacht.

1. Soll durch eine Zustellung im Auslande (§§ 199—202) oder eine öffentliche Zustellung eine Frist gewahrt oder der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen werden, so treten diese Wirkungen schon ein mit der Einreichung des Gesuches um Zustellung, dem das zuzustellende Schriftstück beigefügt ist; vorausgesetzt, daß auf das Gesuch die Zustellung demnächst auch wirklich erfolgt. Kommt sie zur Ausführung, so werden die bezeichneten Wirkungen auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches zurückbezogen; unterbleibt sie, ist z. B. die Zustellung im Ausland nicht ausführbar, so ist auch die Einreichung des Gesuches wirkungslos.

2. Soll durch die Zustellung eines Schriftsatzes unter Vermittlung des Gerichtschreibers eine Notfrist gewahrt werden, so tritt diese Wirkung schon mit der Einreichung des Schriftsatzes beim Gerichtschreiber ein, vorausgesetzt, daß die Zustellung innerhalb zweier Wochen nach der Einreichung wirklich erfolgt. Ist also innerhalb der Notfrist zwar der Schriftsatz beim Gerichtschreiber eingereicht, aber die Zustellung nicht oder nicht formrichtig vollzogen, so kann sie immer noch binnen der zwei Wochen nach der Einreichung nachgeholt werden: es ist dann so, als wäre sie schon zur Zeit der Einreichung vollzogen. Erfolgt sie nicht innerhalb der zwei Wochen, so ist auch die Einreichung wirkungslos. ZPO. § 207[2].

Aus dieser Bestimmung erklärt sich auch ZPO. § 166 letzter Satz. Vgl. oben VI A 2.

X. Zustellungen von Amts wegen.

Für die Zustellungen von Amts wegen gelten die Regeln über die Zustellungen auf Parteibetrieb mit einigen abweichenden — ihre Ausführung und Beurkundung vereinfachenden — Bestimmungen. ZPO. § 208.

Diese besonderen Bestimmungen sind durch die Novelle von 1898 eingeführt im Anschluß an das Gewerbegerichtsgesetz.

Die Hauptabweichung besteht darin, daß ein Gerichtsvollzieher nicht mitwirkt. Vielmehr hat der Gerichtschreiber (als Organ des Gerichtes) unmittelbar durch einen Gerichtsdiener oder durch die Post die Zustellung herbeizuführen; er ist es auch, der die Beglaubigung der bei der Zustellung zu übergebenden Abschrift bewirkt. §§ 209—211.

Dem Gerichtsdiener oder der Post wird vom Gerichtschreiber das zu übergebende Schriftstück in einem durch das Gerichtssiegel verschlossenen Briefumschlage ausgehändigt, der mit der Adresse der Person versehen ist, an die zugestellt werden soll, und den Vermerk trägt: „Vereinfachte Zustellung". Die auf dem Briefumschlag angegebene Geschäftsnummer ist in den Akten zu vermerken. Die Bestimmung des § 194[2] (über die Beurkundung der Übergabe an die Post) findet keine Anwendung. Der Gerichtsdiener oder der Postbote bewerkstelligt dann die Zustellung nach den für die Zustellung auf Parteibetrieb geltenden Vorschriften (§§ 180—186, 195) und beurkundet sie nach den Vorschriften des § 195[2], nur mit der Abweichung, daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde nicht zu übergeben, der Tag der Zustellung jedoch auf dem Briefumschlage zu

vermerken ist; die Zustellungsurkunde ist dem Gerichtschreiber zu überliefern. § 212. Bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post (nach § 175) bedarf es der Aufnahme einer Zustellungsurkunde überhaupt nicht, der Gerichtschreiber hat nur in den Akten zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe geschehen ist. § 213.

XI. Ist gegen die Vorschriften über den Vollzug der Zustellung verstoßen, so ist die Zustellung ungültig. Hierüber und über die Möglichkeit der Heilung des Mangels s. unten § 84 II 7.

§ 72.

Hemmungen des Prozeßbetriebes (Unterbrechung, Aussetzung, Ruhen des Verfahrens).[1]

I. Der Prozeßgang kann eine tatsächliche Hemmung dadurch erfahren, daß für eine Prozeßhandlung eine Frist gesetzt ist und nun, bevor die Handlung vorgenommen oder die Frist abgelaufen ist, nach Lage der Sache eine weitere Prozeßhandlung nicht vorgenommen werden kann.

Das ist möglich z. B. im Falle des § 356 ZPO. (eine Frist ist gesetzt für eine Beweisaufnahme, der ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, vgl. oben § 51 VIII) — im Falle des § 364 (dem Beweisführer ist eine Frist gesetzt, innerhalb deren er eine Urkunde über eine Beweisaufnahme im Ausland beizubringen hat, vgl. oben § 51 VIII) — in den Fällen der §§ 431, 441[4] ZPO. (innerhalb einer bestimmten Frist ist die Beweisurkunde oder ein Schriftstück, das zur Schriftvergleichung dienen soll, aus dem Besitz eines dritten herbeizuschaffen). — Ist nach ZPO. § 56[2] eine Partei oder ihr gesetzlicher Vertreter (trotz Mangels der Prozeßfähigkeit — der Legitimation des gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung) oder ist nach ZPO. § 89[1] ein Geschäftsführer ohne Auftrag oder ein angeblich Bevollmächtigter ohne Beibringung der Vollmacht zur Prozeßführung einstweilen zugelassen, so kann das Endurteil nicht erlassen werden, bevor die für die Beseitigung des Mangels bestimmte Frist abgelaufen ist.

Nach Ablauf der Frist wird, wie es der Regel entspricht, der Rechtsstreit von Amts wegen fortgesetzt.

Vgl. oben § 68 II 8. Das ist allerdings sehr bestritten für die erwähnten Fälle der §§ 356, 364, 431, 441; aber zu einer Ausnahme ist kein hinreichender Grund vorhanden. In den beiden letzteren Fällen kann unter Umständen schon vor Ablauf der Frist vom Gegner die Fortsetzung des Verfahrens beantragt werden, vgl. oben § 68 VII.

II. Wesentlich anderer Art ist die — schon oben § 68 IV erwähnte — Hemmung des Prozeßbetriebes, wie sie eintritt bei Unterbrechung, Aussetzung, vereinbarter Ruhe des Verfahrens. Es ist eine rechtliche Hemmung des Prozeßbetriebes in dem Sinne, daß eine weitere Prozeßhandlung überhaupt nun mit Wirksamkeit nicht mehr vorgenommen werden kann, bis daß von neuem der Prozeß in Betrieb gesetzt ist.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 239 ff. Planck § 84. Schmidt § 147.

A. Unterbrechung (Hemmung des Prozesses, die, unter bestimmten Umständen, unmittelbar kraft Gesetzes eintritt).

I. Die Gründe der Unterbrechung des Prozesses sind folgende:

1. Tod einer Partei.[2]) ZPO. § 239. Durch den Tod einer Partei wird das Verfahren unterbrochen (vgl. aber § 246[1], unten II), bis es durch die Rechtsnachfolger aufgenommen wird.

„Rechtsnachfolger" sind diejenigen Personen, die infolge des Todes der Partei ihre Rechtsnachfolger in dem streitigen Rechtsverhältnisse geworden sind; also nicht bloß Erben, sondern auch Lehnsfolger, Fideikommißnachfolger,[3]) der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (vgl. BGB. §§ 1487, 1507); nicht aber Vermächtnisnehmer, da das Vermächtnis nur ein Forderungsrecht des Bedachten gegen den Erben, keine unmittelbare Rechtsnachfolge begründet, BGB. § 2174.

Nach anderer Meinung sind hier unter den Rechtsnachfolgern nur die Gesamtnachfolger, die Erben, zu verstehen;[4]) aber das Gesetz unterscheidet nicht.

Dem Tode einer Partei steht selbstverständlich die gerichtliche Todeserklärung (BGB. §§ 13 ff.) gleich.

Wenn die Rechtsnachfolger die Aufnahme verzögern, so kann der Gegner sie zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache laden. Erscheinen sie dann im Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und zur Hauptsache zu verhandeln.

Einer Darlegung der Tatsachen, auf welche sich die Rechtsnachfolge gründet, bedarf es also in diesem Falle (da ohne weiteres die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen ist) nicht;[5]) anders, wenn der Rechtsnachfolger die Aufnahme betreibt; dann können, bei Versäumnis des Gegners, nur die zur Begründung der Rechtsnachfolge vorgebrachten Tatsachen als zugestanden angenommen werden.

Nach der ursprünglichen Fassung des Paragraphen konnte bei Versäumnis der Rechtsnachfolger zunächst nur ein Versäumnisurteil dahin ergehen, daß das Verfahren aufgenommen sei, und war erst nach Rechtskraft desselben eine Verhandlung zur Hauptsache statthaft.

Ob die Aufnahme von dem Rechtsnachfolger verzögert ist, bemißt sich nach den Umständen des Falles.

Der Erbe ist vor der Annahme der Erbschaft nicht verpflichtet, den Rechtsstreit fortzusetzen. ZPO. § 239[5]. Das entspricht der Bestimmung des § 1958 BGB., wonach vor der Annahme der Erbschaft ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden kann.

---

[2]) Vgl. unten § 91. — Aus der Spezialliteratur: Kohler, Ges. Beiträge S. 293 ff. (Z. Bd. 12 S. 97 ff.), S. 348 ff. Frank, Z. Bd. 13 S. 184 ff. Bunsen, Z. Bd. 26 S. 308 ff.

[3]) ERG. Bd. 26 Nr. 26, Bd. 34 Nr. 115.

[4]) Frank S. 219 ff.

[5]) Unter den Komment. streitig.

Die Bestimmungen des § 239 sind auf die Endigung einer juristischen Person, die Auflösung einer parteifähigen Personenvereinigung entsprechend anzuwenden.[6])

Nach anderer Meinung aber nicht allgemein, sondern nur in denjenigen Fällen, in denen das Vermögen unmittelbar als Ganzes auf ein anderes Rechtssubjekt übergeht; s. BGB. § 46, HGB. §§ 304, 306.[7])

Die Vorschriften des § 239 über die Aufnahme des Verfahrens finden keine Anwendung, wenn ein Nachlaßpfleger bestellt oder ein zur Führung des Rechtsstreites befugter Testamentsvollstrecker vorhanden, oder wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet ist. ZPO. § 243. Vgl. unter 2. und 3. Freilich greifen sie dann wieder Platz, wenn der Konkurs beendigt ist, ohne daß das Verfahren aufgenommen war.

2. Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei unterbricht das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft. Sie unterbricht es nicht, wenn das streitige Rechtsverhältnis vom Konkurse nicht berührt wird, wie z. B. ein rein familienrechtliches Verhältnis. ZPO. § 240.

Die Unterbrechung tritt ein, weil nach KO. § 6 mit der Eröffnung des Verfahrens der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, sein Vermögen, soweit es zur Konkursmasse gehört, zu verwalten und darüber zu verfügen.

a. Das Verfahren wird unterbrochen, bis es nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen wird. Diese Bestimmungen sind verschieden, je nachdem das Verfahren betrifft:

1) die Aktivmasse, und zwar entweder

a) ein zur Aktivmasse gehöriges Recht: KO. § 10, s. auch Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 (neue Fassung vom 20. Mai 1898) § 13[2]; „Aktivprozesse in Betreff der Aktivmasse";

oder b) einen Anspruch, der den Bestand der Aktivmasse mindert: KO. § 11; „Passivprozesse in Betreff der Aktivmasse";

oder 2) die Schuldenmasse: KO. § 146, vgl. §§ 12, 144.[8])

Ist das Verfahren während des Konkurses nicht aufgenommen worden, so endigt die Unterbrechung von selbst mit der Aufhebung des Konkursverfahrens, so daß nun wieder jede Partei, ohne weiteres, den Prozeß fortbetreiben kann.

b. Die Bestimmungen der Konkursordnung über die Aufnahme des Verfahrens finden auch dann Anwendung, wenn, nachdem das Verfahren durch den Tod einer Partei unterbrochen war, über den Nachlaß der Konkurs eröffnet worden ist. ZPO. § 243.

3. Wird im Laufe des Verfahrens eine Partei prozeßunfähig oder verliert sie ihren seitherigen gesetzlichen Vertreter oder ihren Pfleger (ZPO. § 52), sei es, daß er stirbt, oder daß seine Vertretungs-

---

[6]) Darüber Frank S. 214 f.

[7]) So Gaupp-Stein, Seuffert. Aber auch bei physischen Personen muß die Rechtsnachfolge nicht Gesamtnachfolge sein. Vgl. unten § 89 IV 8.

[8]) Das Nähere ist der Darstellung des Konkurses zu überlassen. Vgl. L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899) §§ 29, 30.

befugnis aufhört, so wird das Verfahren unterbrochen; ausgenommen den Fall, daß mit der Endigung der Vertretungsbefugnis die Partei prozeßfähig wird, also jetzt in der Lage ist, selber den Prozeß zu führen. ZPO. § 241.

a) Jeder Teil kann den Rechtsstreit aufnehmen, sobald ein Vertreter oder ein neuer gesetzlicher Vertreter bestellt ist, und zwar durch eine formlose Anzeige an die Gegenpartei: der Vertreter durch die Anzeige von seiner Bestellung, der Gegner durch die Anzeige seiner Absicht, den Prozeß fortzusetzen. ZPO. § 241[1].

b) Wird eine Nachlaßverwaltung angeordnet, so wirkt das auf die den Nachlaß betreffenden Prozesse, die durch den Tod des Erblassers unterbrochen und von dem Erben aufgenommen, oder die von dem Erben selbst oder gegen ihn anhängig gemacht worden sind, ganz so, als ob der Erbe prozeßunfähig und der Nachlaßverwalter sein gesetzlicher Vertreter geworden wäre. ZPO. § 241[a].

In Wahrheit ist der Nachlaßverwalter (vgl. oben § 23 II 3) nicht gesetzlicher Vertreter des Erben; aber im Interesse der Nachlaßgläubiger soll, entsprechend der Vorschrift des § 1984 BGB., dem Erben die Prozeßführung entzogen werden.

Die Vorschrift des § 241 über die Aufnahme des Verfahrens findet endlich auch auf die durch den Tod des Erblassers unterbrochenen und von dem Erben noch nicht aufgenommenen Prozesse Anwendung, wenn ein Nachlaßpfleger (für denjenigen, welcher Erbe wird nach BGB. § 1960, oder speziell ein Nachlaßverwalter, BGB. §§ 1975, 1981) bestellt wird oder ein zur Führung des Rechtsstreits berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist (BGB. §§ 2212, 2213). ZPO. § 243.

4. Nacherbfolge. Ist beim Eintritt der Nacherbfolge ein Rechtsstreit zwischen dem Vorerben und einem dritten anhängig über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand, über welchen der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben verfügen konnte (BGB. §§ 2112—2115), so muß der Nacherbe die Prozeßführung des Vorerben gegen sich gelten lassen, wie auch ein gegen den Vorerben ergangenes Urteil ihm gegenüber wirksam sein würde: ZPO. § 326[2]. Vgl. oben § 61a III 2.

Das Verhältnis ist also für den Prozeß das gleiche, wie wenn der Nacherbe Rechtsnachfolger des Vorerben geworden wäre, und es finden daher die Vorschriften des § 239 über Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens entsprechende Anwendung. ZPO. § 242.

5. Anwaltsprozesse (nicht Parteiprozesse) werden dadurch unterbrochen, daß der prozeßbevollmächtigte Anwalt einer Partei stirbt, oder daß er unfähig wird, die Vertretung der Partei fortzuführen. ZPO. § 244.[9])

[9]) Die Unterbrechung tritt auch ein, wenn der Anwalt nach der Verkündigung, aber vor der Zustellung des Urteils wegfällt, vgl. ZPO. §§ 176, 178, ERG. Bd. 10 Nr. 104, Bd. 19 Nr. 79; nicht aber, wenn er nach der Zustellung des Urteils wegfällt, da ein Rechtsmittel dann durch Zustellung an die Partei selbst eingelegt werden kann; ZPO. § 179. Vgl. ERG. Bd. 13 Nr. 76.

Unfähig wird er durch Aufgabe der Rechtsanwaltschaft, RAO. § 24, durch Rücknahme der Zulassung, RAO. §§ 21—23, durch Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft, RAO. §§ 63 Nr. 4, 96, s. auch StGB. §§ 31, 33, 35; aber auch dadurch, daß er die Prozeßfähigkeit verliert (arg. ZPO. § 79, daß er wahnsinnig oder entmündigt wird); wogegen eine tatsächliche Verhinderung des Anwalts, z. B. seine Erkrankung oder seine Verhaftung, keine Unterbrechung bewirkt; keine Unterbrechung bewirkt auch die Kündigung der Vollmacht, ZPO. § 87.

Die Unterbrechung dauert so lange, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht. Wird diese Anzeige verzögert, so kann der Gegner die Aufnahme des Prozesses betreiben, und zwar auf zweierlei Weise:

a) Er kann entweder die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache laden (nach ZPO. § 215 mit der Aufforderung einen Anwalt zu bestellen). Oder

b) er kann sie zunächst zur Bestellung eines neuen Anwaltes binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist auffordern; wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so gilt, mit Ablauf der Frist, das Verfahren als aufgenommen, kann also jetzt, ohne weiteres, von jedem Teile fortgesetzt werden; an die zur Anzeige verpflichtete Partei können jetzt, bis zur nachträglichen Anzeige, alle Zustellungen durch Aufgabe zur Post (ZPO. § 175) erfolgen, wenn sie nicht am Orte des Prozeßgerichts und auch nicht im Amtsgerichtsbezirke dieses Ortes wohnt.

6. In den aufgeführten Fällen tritt die Unterbrechung des Verfahrens ein infolge eines zufälligen Umstandes, der die Person der Partei selbst oder ihres Vertreters betroffen hat. Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt aber auch dann ein, wenn die Tätigkeit des *Gerichtes* zum Stillstand kommt (sogen. iustitium), infolge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses, wie z. B. einer Volksseuche. Sobald dieser Zustand aufhört, endigt auch von selbst die Unterbrechung. ZPO. § 245.

II. Durch den Tod des Vollmachtgebers oder eine Veränderung in seiner Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung wird die Vollmacht nicht aufgehoben (ZPO. § 86). Ist also eine Partei durch einen *Prozeßbevollmächtigten*[10]) vertreten, so bleibt dieser zur Prozeßführung befugt, auch in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit, des Wegfalles des gesetzlichen Vertreters, der Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder des Eintrittes der Nacherbfolge, und es tritt darum eine *Unterbrechung* des Verfahrens *nicht* ein. Doch hat auf Antrag des *Bevollmächtigten* das Prozeßgericht die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen,[11]) da der Be-

---

[10]) Und zwar für die Instanz, in der der Rechtsstreit anhängig ist. — *Unterbrechung* tritt ein, wenn nach Zustellung des Urteils eine Partei stirbt, *bevor* noch ein Prozeßbevollmächtigter für die *höhere* Instanz bestellt ist, da nur ein solcher ein Rechtsmittel einlegen kann. ERG. Bd. 44 Nr. 88.

[11]) Und dies auch dann, wenn er schon im Namen des Erben, des neuen gesetzlichen Vertreters aufgetreten wäre. ERG. Bd. 46 Nr. 107.

vollmächtigte ein Interesse daran haben kann, eine Weisung der Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters einzuholen; in den Fällen des Todes und der Nacherbfolge ist auch der Gegner berechtigt, die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen, da ihm daran gelegen sein kann, sich über die Person des Rechtsnachfolgers oder Nacherben und seinen Willen, den Prozeß fortzusetzen, zu vergewissern. Ist das Verfahren aber ausgesetzt, so liegt die Sache gerade so, wie wenn eine Unterbrechung eingetreten wäre, und die Möglichkeit und die Art der Aufnahme richtet sich nun nach den für die einzelnen Fälle gegebenen Regeln (§§ 239, 241—243). Im Falle des Todes und der Nacherbfolge ist also der Rechtsnachfolger oder der Nacherbe persönlich zu laden, es ist aber der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten (der erfahrungsgemäß in der Regel beibehalten wird) zuzustellen. ZPO. § 246. Der Bevollmächtigte hat dann, wenn er nach der Aussetzung auftritt, eine Vollmacht des Rechtsnachfolgers oder Nacherben beizubringen. ZPO. § 86.

Es ist also im Falle der Aussetzung die alte Vollmacht erloschen. Vgl. oben § 25 N. 8.

B. Aussetzung (Hemmung des Verfahrens durch Gerichtsbeschluß).

Eine Aussetzung des Verfahrens kann das Gericht nur aus einem der gesetzlich bestimmten Gründe beschließen. Und zwar kann sie in manchen Fällen von Amts wegen, in anderen nur auf Parteiantrag verfügt werden; in manchen Fällen steht sie ganz im Ermessen des Gerichtes, in anderen muß sie verfügt werden, wenn eine Partei es beantragt. Ob eine Aussetzung erfolgen soll, hängt hienach bald vom Ermessen des Gerichtes, bald vom Parteiermessen und bald von beiden ab.

I. Die Gründe der Aussetzung sind sehr mannigfacher Art.

1. Zum Teil sind es Umstände, die eine Partei an der Wahrnehmung ihrer Interessen hindern. Es sind die in ZPO. § 247 bezeichneten.

Im einzelnen:

1) Eine Partei befindet sich zu Kriegszeiten im Militärdienste.

2) Eine Partei hält sich an einem Orte auf, der durch obrigkeitliche Anordnung (z. B. wegen einer Seuche), durch Krieg oder durch andere Zufälle (z. B. eine Überschwemmung) vom Verkehre mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist.

Aus einem dieser Gründe kann das Gericht auch von Amts wegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

2. Auf Antrag wird das Verfahren ausgesetzt, wenn nach ZPO. § 246 ein an sich vorhandener Unterbrechungsgrund ohne Wirkung blieb, weil eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand; darüber oben A II.

3. Ein Teil der Aussetzungsgründe wurzelt in der Besonderheit einzelner Prozeßinstitute, kann daher nur im Zusammenhang mit diesen dargestellt werden.

ZPO. § 65 (Hauptintervention), § 578[2] (Wiederaufnahmeklagen), §§ 620 f. (Ehesachen), § 681 (Entmündigung wegen Trunkenheit), § 953 (Aufgebotsverfahren). Vgl. auch E.ZPO. § 15 Nr. 1.

4. Endlich kann eine Aussetzung begründet sein in dem inneren Zusammenhang, in dem der Rechtsstreit mit einem anderen — schon anhängigen oder erst anhängig zu machenden — Verfahren steht. Darüber speziell im folgenden Paragraphen.

II. Über das Verfahren bei der Aussetzung gilt folgendes:

1. Ein Gesuch um Aussetzung ist beim Prozeßgericht[12]) anzubringen; es kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden. ZPO. § 248[1].

2. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. ZPO. § 248[2].

3. Gegen die Entscheidung, durch welche die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet in allen Fällen Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt. ZPO. § 252.

4. Die Aussetzung kann als prozeßleitende Anordnung, vom Gerichte auf Antrag oder von Amts wegen, auf vorgängige mündliche Verhandlung oder ohne solche, wieder aufgehoben werden. Es bedarf dazu, der Regel nach, keines besonderen Aufnahmeaktes der Partei (anders nach ZPO. § 246).

Nach anderer Meinung ist über einen Aufhebungsantrag immer mündlich zu verhandeln. Das Gesetz schreibt es nicht vor und es folgt auch nicht aus der Natur der Sache.

C. Wirkungen der Unterbrechung und Aussetzung. Unterbrechung wie Aussetzung hemmen den Prozeß.[13])

1. Prozeßhandlungen, die während der Unterbrechung oder Aussetzung, sei es von einer Partei oder von dem Gerichte,[14]) vorgenommen werden, sind ohne rechtliche Wirkung; doch kann sich auf die Unwirksamkeit einer Parteihandlung die Partei selbst, die sie vorgenommen hat, nicht berufen. ZPO. § 249[2].

2. Die Handlung ist nur „der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung". Die Handlung wird also wirksam, wenn die Gegenpartei sie gelten lassen will.[15])

Oder nach ZPO. § 295 den Mangel nicht mehr rügen kann (worüber unten § 84). Ebenso wird eine während der Hemmung des Prozesses vorgenommene richterliche Handlung dadurch wirksam, daß beide Parteien auf die Rüge verzichten oder sie nach ZPO. § 295 verlieren. (Nach a. M. ist eine richterliche Handlung nur derjenigen

[12]) Und zwar beim Gericht der Instanz, in der der Rechtsstreit anhängig ist. Vgl. dazu ERG. Bd. 16 Nr. 86 (eventuell in zwei Instanzen, wenn der Rechtsstreit in zwei Instanzen anhängig).

[13]) Vgl. dazu unten § 76 XII f.

[14]) Das folgt aus der besonderen Bestimmung des § 249[2].

[15]) ERG. Bd. 10 Nr. 19 (S. 69).

Partei gegenüber unwirksam, in deren Person der Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund eingetreten ist; aber der Prozeß ist für beide Teile gehemmt.)

Wirksam ist selbstverständlich die Handlung, welche die Aufnahme des Verfahrens bezweckt, und folgeweise auch die Ladung zur Hauptsache, die sich mit ihr — für den Fall der Aufnahme — verbindet. Dies meint das Gesetz, wenn es nur die „in Ansehung der Hauptsache" (hier im Gegensatz zur Aufnahme) vorgenommenen Prozeßhandlungen für unwirksam erklärt. ZPO. § 249[2].

3. Eine weitere Folge ist die, daß mit der Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens der Lauf einer jeden Frist (auch einer Notfrist), aufhört, innerhalb deren eine Parteihandlung vorzunehmen ist.

Das ergibt sich eben daraus, daß die Handlung doch mit Wirksamkeit nicht vorgenommen werden könnte.

Nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung fängt die Frist, und zwar die volle Frist, von neuem an zu laufen. ZPO. § 249[1].

4. So wirken Unterbrechung und Aussetzung einander gleich; jedoch mit einer Ausnahme: durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung einer Entscheidung (sei es eines Urteils oder Beschlusses), die auf Grund dieser Verhandlung zu erlassen ist, nicht gehindert; eine Aussetzung aber schließt jede weitere Entscheidung aus.

Hält das Gericht eine Entscheidung für angezeigt, so wird es zunächst diese erlassen und dann erst die Aussetzung anordnen. — Selbstverständlich wird bei Unterbrechung des Verfahrens die Verkündung der Entscheidung dann unmöglich, wenn das Gericht eine Wiedereröffnung der Verhandlung für erforderlich hält.

D. Im übrigen ist noch hinsichtlich des Verfahrens bei Unterbrechung und Aussetzung folgendes zu bemerken.

1. Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens erfolgt durch Zustellung eines Parteischriftsatzes an den Gegner.[16]) Der Schriftsatz kann zugleich einen Akt zur Fortsetzung des Verfahrens selbst (z. B. eine Ladung zur mündlichen Verhandlung, Einlegung eines Rechtsmittels) enthalten, kann sich aber auch auf die Aufnahme (die Ladung zur Aufnahme, die Erklärung der Aufnahme, die Anzeige, durch die das Verfahren aufgenommen wird) beschränken. ZPO. § 250.

2. Ist die Zulässigkeit der Aufnahme streitig, so ist darüber durch Urteil zu entscheiden. Die Entscheidung ist Zwischenurteil, wenn sie die Aufnahme für zulässig erklärt; sofern sie dagegen einer Person die Fortsetzung des Prozesses (als Rechtsnachfolger, Nacherbe, Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Vertreter) versagt, so ist sie Endurteil, da sie das Verfahren dieser Person gegenüber beendigt (vgl. hiezu unten §§ 79, 98).

3. Eine Entscheidung, durch welche die Aussetzung des Verfahrens

---

[16]) Aber sie kann auch durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung geschehen. ERG. Bd. 52 Nr. 90.

angeordnet oder die Aufhebung der Aussetzung abgelehnt oder (was im Effekt einer Aussetzung gleichkommt) das Verfahren für unterbrochen erklärt[17]) oder dem Einwand des Ruhens des Prozesses stattgegeben wird, kann mit der Beschwerde, eine Entscheidung, durch welche die Aussetzung oder die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens abgelehnt[18]) oder eine Unterbrechung des Verfahrens verneint wird, mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. ZPO. § 252.

4. Eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens ist nur denkbar, solange es noch anhängig ist; es ist insbesondere dann nicht mehr anhängig, wenn das Endurteil ergangen und rechtskräftig geworden ist.

Eine Aussetzung der Verhandlung (nach ZPO. §§ 148, 149) wird allerdings schon mit der Erlassung des Endurteiles unmöglich.

Die Anhängigkeit in der einzelnen Instanz aber endigt mit der Zustellung des Urteils; ist das Urteil noch nicht zugestellt,[19]) so ist also auch das Verfahren noch in derselben Instanz, ist das Urteil bereits zugestellt, so ist das Verfahren in der höheren Instanz aufzunehmen.

Doch bleibt das Verfahren in der Instanz dann anhängig, sofern das Urteil Versäumnisurteil ist und dem Einspruch unterliegt. ZPO. § 342.

E. Ruhe des Verfahrens (Hemmung des Prozesses durch die Parteien). Ruht das Verfahren, weil im Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien ausgeblieben sind, so kann es jederzeit wieder in Betrieb gesetzt werden, indem eine Partei die andere von neuem lädt. ZPO. § 251[2], vgl. oben § 68 IV. Und ebenso verhält es sich, wenn die Ruhe des Prozesses auf unbestimmte Zeit von den Parteien vereinbart ist. Ist sie aber auf bestimmte Zeit vereinbart, so sind vor Ablauf dieser Zeit vorgenommene Prozeßhandlungen unwirksam. Die Unwirksamkeit findet allerdings nur Beachtung, wenn sie von einer Partei geltend gemacht ist. Eine vereinbarte Ruhe des Prozesses hat denn auch zur Folge, daß der Lauf aller Fristen — mit Ausnahme nur der Notfristen — aufhört. ZPO. § 251[1].

Nach Beendigung der Ruhe beginnt die volle Frist von neuem zu laufen (vgl. ZPO. § 249[1]), sofern nicht ein anderes vereinbart ist. — Wie die Notfristen, so wird auch die Wiedereinsetzungsfrist (vgl. unten § 86 III) durch die Ruhe des Verfahrens nicht berührt; das folgt daraus, daß sie durch Parteivereinbarung nicht verlängert werden darf (ZPO. § 234[2]). — Hinsichtlich der Verjährung s. BGB. § 211.

Daraus aber, daß der Fristenlauf unterbrochen wird, ergibt sich durch Rückschluß (vgl. oben C) die Unwirksamkeit der während der Ruhe vorgenommenen Prozeßhandlungen. Allerdings muß die der Vereinbarung zuwider geladene Partei erscheinen und die Unwirksamkeit geltend machen, sie würde sonst als säumig behandelt; aber die Ladung ist doch insofern unwirksam, als sich der Geladene der Verhandlung des Rechtsstreites erwehren kann. (Nach anderer Auffassung hat die Ruhe des Prozesses, weil sie nicht von selber wirkt, die Ungültigkeit der dennoch vorgenommenen Prozeßhandlungen nicht zur Folge; im praktischen Ergebnis besteht aber Übereinstimmung.)

[17]) ERG. Bd. 16 Nr. 79.
[18]) ERG. Bd. 16 Nr. 88.
[19]) ERG. Bd. 36 Nr. 105.

§ 73.

Aussetzung mit Rücksicht auf ein anderes Verfahren.[1])

I. Wenn es für die Entscheidung des Rechtsstreites auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ankommt, über das bereits ein anderer Rechtsstreit *anhängig* ist, so kann das Gericht (auf Antrag, wie auch von Amts wegen) die Verhandlung bis zur Erledigung dieses anderen Rechtsstreites aussetzen. ZPO. § 148.

1. Das Rechtsverhältnis, worüber der andere Rechtsstreit anhängig ist, kann a) die *Grundlage* eines geltend gemachten selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmittels bilden: es ist die Voraussetzung für einen Klaggrund, eine Einwendung,[2]) Replik u. s. w. („Präjudizialverhältnis": z. B. Verwandtschaftsverhältnis und Unterhaltsanspruch, Anspruch auf Wandelung und auf Kaufpreisforderung) *oder* es kann sich b) als damit *unvereinbar* darstellen (z. B. es klagt der eingetragene Eigentümer und es ist gegen ihn anhängig ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches; es ist wegen rechtswidriger Entwendung einer Sache und gleichzeitig auf Feststellung eines Pfandrechtes an derselben Sache geklagt).

Wäre dasselbe Rechtsverhältnis Gegenstand beider Prozesse, dann wäre die Einrede der Rechtshängigkeit begründet (vgl. unten § 88 b) und wäre eine Aussetzung unmöglich.[3])

2. Der andere Rechtsstreit muß nicht notwendig unter denselben Parteien anhängig sein (z. B. der Kläger macht eine Forderung als Erbe des ursprünglichen Gläubigers geltend und das Erbrecht ist ihm von dritter Seite bestritten).

3. Das Gericht, bei dem der andere Rechtsstreit anhängig ist, kann auch ein besonderes Gericht oder ein Schiedsgericht sein.

Die Entscheidung des Rechtsstreites *kann* das Gericht seinem Urteil zu Grunde legen, wenn es sie für richtig hält, es *muß* sie zu Grunde legen, wenn sie materielle Rechtskraft unter den Parteien hat.

II. Es kann die Verhandlung auch dann ausgesetzt werden, wenn das für die Entscheidung erhebliche Rechtsverhältnis von einer *Verwaltungsbehörde* (oder einem *Verwaltungsgerichte*) festzustellen ist. ZPO. § 148. (Und dies sogar dann, wenn das Verwaltungsverfahren *noch nicht* anhängig ist.) Die Aussetzung *muß* erfolgen, wenn das Rechtsverhältnis der Prüfung der ordentlichen Gerichte entzogen und ausschließlich der Verwaltungsbehörde vorbehalten ist.[4])

Ist gar die Klage erst zulässig, *nachdem* die Entscheidung der Verwaltungsbehörde eingeholt worden ist, so ist nicht die Verhandlung auszusetzen, sondern die Klage abzuweisen, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges. So z. B. nach Reichsrayongesetz vom 21. Dezember 1871 §§ 39—42, Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 §§ 150, 155.

---

[1]) *Komment.* zu ZPO. §§ 148 ff. *Planck* §§ 84, 151 II. *Schmidt* § 151 II (Änderungen § 60 III).

[2]) ERG. Bd. 37 Nr. 104.

[3]) ERG. Bd. 26 Nr. 74.

[4]) Vgl. oben § 12 I.

Nach E.ZPO. § 15 Nr. 1 bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten entsteht.

III. Die Entscheidung des Strafrichters ist für den Zivilrichter nicht bindend (vgl. auch E.ZPO. § 14 Nr. 1). Aber sie kann Überzeugungskraft für ihn haben. Und so kann der Zivilrichter — auf Antrag wie von Amts wegen — wenn sich im Laufe des Rechtsstreites der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt,[5]) deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluß ist (z. B. der Verdacht eines Meineides[6]) oder einer Urkundenfälschung), die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens[7]) anordnen. ZPO. § 149.

IV. In allen diesen Fällen kann das Gericht — nach seinem freien Ermessen — auf Antrag wie von Amts wegen — den Aussetzungsbeschluß wieder aufheben, ZPO. § 150, dies namentlich dann, wenn sich die Erledigung des anderen Rechtsstreites verzögert.

V. Der Regel nach ist das Gericht befugt, über jedes Rechtsverhältnis zu entscheiden, das für die Entscheidung über den Klaganspruch von Erheblichkeit ist, da ja doch nur die Entscheidung über den Klaganspruch materieller Rechtskraft fähig ist (vgl. oben § 61 B). Ausnahmsweise aber darf die Entscheidung über gewisse Rechtsverhältnisse, an denen ein öffentliches Interesse mitbeteiligt ist, nur in einem besonderen Verfahren und nach besonderen Prozeßgrundsätzen, und nicht bloß gelegentlich einer anderen Streitsache, entschieden werden.

1. Diese Verhältnisse sind: die Ehe und das Eltern- und Kindesverhältnis.

a) Die Nichtigkeit einer in der gesetzlich notwendigen Form (BGB. § 1317) abgeschlossenen oder doch in das Heiratsregister eingetragenen Ehe kann nicht anders als im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden; es sei denn, daß die Ehe schon wegen eines gleichfalls gegebenen Anfechtungsgrundes, auf erhobene Anfechtungsklage hin, für nichtig erklärt, oder daß sie (durch Tod, Scheidung oder Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung) aufgelöst ist. BGB. § 1329.

b) Die Anfechtung einer Ehe erfolgt, solange sie nicht aufgelöst ist, durch Erhebung der Anfechtungsklage; die angefochtene Ehe ist als von Anfang an nichtig anzusehen, aber die Nichtigkeit einer im Wege der Klage angefochtenen Ehe kann nicht anderweit geltend gemacht werden, solange nicht durch gerichtliches Urteil die Ehe für nichtig erklärt ist (es müßte denn sein, daß während des Anfechtungsprozesses die Ehe durch den Tod gelöst würde). BGB. §§ 1341, 1343.

---

[5]) D. h. wenn das Gericht einen solchen Verdacht hegt. ERG. Bd. 15 Nr. 123.
[6]) Auch eines in einem anderen Verfahren geleisteten, mit Rücksicht auf ZPO. §§ 457, 470. ERG. Bd. 35 Nr. 114.
[7]) Auch wenn ein solches noch nicht eingeleitet ist.

c) Die Ehelichkeit eines Kindes kann bei seinen Lebzeiten nur durch Erhebung der Anfechtungsklage angefochten, und vor Erledigung des Rechtsstreites kann die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden. BGB. § 1596.

2. Hängt nun also die Entscheidung eines Rechtsstreites davon ab, ob eine Ehe nichtig oder anfechtbar oder ob ein Kind unehelich ist, so muß das Verfahren auf Antrag (nicht von Amts wegen) ausgesetzt werden, bis über die Nichtigkeitsklage oder Anfechtungsklage entschieden ist; die Aussetzung steht hier nicht im Ermessen des Gerichtes. Dabei besteht noch folgender Unterschied.

a) Mit Rücksicht auf die Anfechtbarkeit einer Ehe oder der Ehelichkeit eines Kindes kann die Aussetzung des Verfahrens nur dann verlangt werden, wenn die Anfechtungsklage bereits erhoben ist. b) Ist aber Streit über die Nichtigkeit einer Ehe, so muß auf Antrag das Verfahren auch dann ausgesetzt werden, wenn die Nichtigkeitsklage noch nicht anhängig ist; in diesem Falle hat zugleich das Gericht eine Frist zur Erhebung der Klage zu bestimmen; wird sie innerhalb dieser Frist nicht erhoben, so ist die Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens zulässig. ZPO. §§ 151—153.

3. In allen diesen Fällen kann das Gericht, wenn die Betreibung des Rechtsstreites über die Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe oder über die Anfechtung der Ehelichkeit verzögert wird, auf Antrag der an diesem Rechtsstreit nicht beteiligten Partei die Aussetzung des Verfahrens wieder aufheben, ZPO. § 155, und dann ist in dem aufgenommenen Verfahren die Behauptung, welche die Aussetzung veranlaßt hatte, nicht weiter zu berücksichtigen (selbstverständlich nur solange nicht wirklich die Ehe für nichtig, das Kind für unehelich erklärt ist).

Die Partei kann aber auch, statt dieses Antrags, dem anderen Rechtsstreit als Nebenintervenient (und zwar als streitgenössischer: ZPO. §§ 69, 629, 643) beitreten und so selbst seine Erledigung betreiben; vgl. dazu unten § 111.

4. Wird im Laufe eines Prozesses, als für die Entscheidung präjudiziell, die Frage streitig, ob zwischen den Parteien eine Ehe bestehe oder nicht bestehe, ob zwischen den Parteien ein Eltern- und Kindesverhältnis bestehe oder nicht bestehe, ob der einen Partei die elterliche Gewalt über die andere zustehe, so muß auf Antrag das Verfahren ausgesetzt werden, bis, in besonderem Feststellungsverfahren, die streitige Vorfrage erledigt ist. ZPO. § 154.

Das gilt namentlich für die Fälle, in denen es nach bürgerlichem Rechte einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage nicht bedarf; z. B. es ist streitig, ob eine auch nur der Form nach gültige Ehe bestehe, oder ob eine Ehe nach ausländischem Rechte aufgelöst sei.

Die Aussetzung kann verlangt werden, auch wenn die Feststellungsklage noch nicht erhoben ist. Voraussetzung aber ist ein Streit, ob unter den Parteien das fragliche Verhältnis bestehe. Eben darum kann hier nicht wie nach ZPO. § 155 die

Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses verlangt werden, da jede Partei es in der Hand hat, die Feststellung zu betreiben (auch der Teil, z. B. der die Nichtigkeit der Ehe bestreitet, kann Klage auf Feststellung ihrer materiellen Gültigkeit erheben, ZPO. §§ 256, 606). Der Zweck der Vorschrift ist der, die einheitliche Feststellung der Vorfrage für alle davon abhängigen Rechtsverhältnisse der Parteien herbeizuführen.

VI. Im übrigen gelten die allgemeinen prozessualen Regeln (vgl. oben § 72) über die Aussetzung auch hier. Nur ist zu bemerken, daß in diesen Fällen, da der Aussetzungsgrund in der Hauptsache gelegen ist und also ohne Verhandlung der Hauptsache nicht gewürdigt werden kann, die Aussetzung nur auf Grund mündlicher Verhandlung erfolgen kann.[8])

Auch reden die §§ 149, 150 ausdrücklich nur von Aussetzung der Verhandlung.

Dagegen kann auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung der Aussetzungsbeschluß wieder aufgehoben werden in den Fällen, in denen die Aufhebung von Amts wegen zulässig ist.[9])

§ 74.

Gerichtsferien.[1])

I. Die Gerichtsferien bewirken eine Hemmung aller bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die nicht Feriensachen sind, insofern, als Termine während der Dauer der Ferien nicht abgehalten, Entscheidungen (abgesehen von solchen, welche die formelle Prozeßleitung, den Prozeßbetrieb, betreffen, wie namentlich Terminsbestimmungen) nicht erlassen werden und der Lauf der Fristen, der gesetzlichen wie der richterlichen, mit Ausnahme jedoch der Notfristen, ruht. GVG. § 202[1], ZPO. § 223.

„Der Fristenlauf ruht", d. h.: durch den Beginn der Ferien wird der Fristenlauf gehemmt und mit dem Ende der Ferien beginnt der noch übrige Teil der Frist zu laufen. Fällt aber der Beginn der Frist in die Ferien, so beginnt ihr Lauf erst mit dem Ende der Ferien. ZPO. § 223[1].

Auf den Lauf der Jahresfristen und der Zwischenfristen (oben § 70 B III) sind die Ferien gleichfalls ohne Einfluß.

II. Feriensachen heißen diejenigen Sachen, welche, als unaufschiebbar, durch die Gerichtsferien nicht berührt werden. Feriensachen sind die im Gesetz als solche bezeichneten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (s. GVG. § 202 Nr. 3—6, vgl. ferner GVG. § 204 und GVG. § 202 Nr. 2). Auf Antrag können aber auch noch andere Sachen, soweit sie besonderer Beschleunigung bedürfen, vom Gericht oder — vorbehaltlich jedoch der

---

[8]) ERG. Bd. 40 Nr. 102.

[9]) Darüber sind die Ansichten sehr geteilt. Nach anderer Meinung kann auch auf Antrag die Aussetzung ohne mündliche Verhandlung aufgehoben werden; nach der entgegengesetzten bedarf es in jedem Falle vorgängiger mündlicher Verhandlung.

[1]) Komment. zu GVG. §§ 202 ff., ZPO. § 223. Planck § 37. Schmidt § 62 IV. Alexander-Katz, Z. Bd. 7 S. 500 ff.

Entscheidung des Gerichtes — vom Vorsitzenden für Feriensachen erklärt werden. GVG. § 202[3].

Die Strafsachen sind sämtlich Feriensachen. GVG. § 202 Nr. 1.

III. Die Gerichtsferien beginnen mit dem 15. Juli und endigen mit dem 15. August.

Es soll durch sie die Beurlaubung der Justizbeamten erleichtert, zugleich aber auch das Publikum in der Erntezeit vor den Störungen, die für Zeugen, Sachverständige, Handelsrichter u. s. w. der Gerichtsdienst — für die Parteien die Prozeßführung — mit sich bringt, nach Möglichkeit bewahrt werden.

IV. Zur Erledigung der Feriensachen können bei den Landgerichten Ferienkammern, bei den Oberlandesgerichten und dem Reichsgerichte Feriensenate gebildet werden. GVG. § 203.

Fünftes Buch.

Von den Prozeßhandlungen im allgemeinen und von ihren Arten.

§ 75.

Arten der Prozeßhandlungen.[1])

I. Prozeßhandlungen sind die Handlungen, aus denen sich der Prozeß zusammensetzt, die Bestandteile des Verfahrens.

1. Sie sind teils Handlungen der Parteien, teils Handlungen der staatlichen Prozeßorgane: des Gerichtes oder des Vorsitzenden, eines beauftragten oder ersuchten Richters, des Gerichtschreibers, des Gerichtsvollziehers.

Aussagen von Zeugen, Sachverständigen sind nicht selbständige Prozeßhandlungen, sondern Gegenstand der gerichtlichen Beweisaufnahme. Es können aber Zeugen und Sachverständige auch im eigenen Interesse am Prozesse beteiligt sein; so, wenn sie ihre Pflicht zur Aussage bestreiten; dann sind sie insofern Parteien eines Zwischenstreites (vgl. unten § 82 II).

2. Sie bestehen in Erklärungen, mit denen sich (ihre Gültigkeit vorausgesetzt) prozessuale Wirkungen verknüpfen. Die für den Rechtsstreit grundlegende Prozeßhandlung ist die Klage (vgl. oben § 17); ihr korrespondiert das Urteil des Gerichts über die Klage. Und alle anderen Prozeßhandlungen des Rechtsstreites stehen notwendig in unmittelbarer oder mittelbarer Beziehung zur Klage und ihrer Erledigung. (Vgl. oben § 5.)

---

[1]) Planck §§ 70 ff. Schmidt § 50.

Und zwar können sie sich auf den Prozeßstoff beziehen (vgl. oben §§ 33 ff.) oder sie können nur dem formalen Prozeßbetriebe dienen, indem sie die äußeren Bedingungen für den Fortgang des Verfahrens herstellen, wie namentlich durch Ladung, Terminsbestimmung, Zustellung (oben §§ 68 ff.).

II. Es lassen sich für sämtliche Prozeßhandlungen oder Gruppen derselben Fragen allgemeinen Inhaltes stellen, wie die: was zu ihrer Wirksamkeit gehöre, inwieweit ihre etwaigen Mängel geheilt werden können, inwieweit eine Befugnis oder aber eine Verpflichtung, ein Zwang zu ihrer Vornahme bestehe, inwieweit an die einmal abgegebene Erklärung der Handelnde gebunden, inwieweit die Erklärung für andere Beteiligte maßgebend sei.

So kann denn weiterhin der Nachweis von Umständen erforderlich werden, die prozeßrechtlich von Erheblichkeit sind: von Voraussetzungen für die Berechtigung oder die Wirksamkeit einer Prozeßhandlung. Es kann bezüglich solcher Umstände unter den Beteiligten Streit entstehen, und dann bedarf es der Entscheidung und der Vorbereitung der Entscheidung durch Stoffsammlung und Prozeßbetrieb. Dabei besteht insofern ein wichtiger Unterschied, als manche jener Umstände vom Gericht von Amts wegen zu prüfen sind, andere nur auf Verlangen einer Partei (unten § 82).

Für den Beweis des Verfahrens selbst nach seinem wesentlichen Inhalte wird Sorge getragen durch Beurkundung prozessualer Akte (unten § 87)

§ 76.

Parteihandlungen.

I. Die Parteihandlungen werden

1. zum Teil vor Gericht vorgenommen (so vor allem die mündliche Verhandlung des Rechtsstreites), teils sind es außergerichtliche Handlungen (z. B. Zustellungen).

2. Sie sind sämtlich empfangsbedürftige Handlungen (vgl. oben § 64); und zwar werden sie teils gegenüber dem Gerichte und der anderen Partei zugleich vorgenommen (so die kontradiktorische mündliche Parteiverhandlung) oder nur gegenüber dem Gericht (z. B. ein Gesuch um Fristverlängerung, Erklärungen im Versäumnisverfahren) oder nur gegenüber der anderen Partei (z. B. Zustellungen).

3. Sie sind meist einseitige Handlungen, so alle diejenigen, welche auf die Stoffsammlung Bezug haben; auch das gerichtliche Geständnis, Anerkenntnis, Verzicht bedürfen zu ihrer Wirksamkeit nicht der Annahme (ZPO. §§ 288[2], 306, 307).

Ebensowenig der Verzicht auf Rechtsmittel oder Einspruch nach Erlassung des Urteils. ZPO. §§ 514, 346.

Zum anderen Teil sind sie zweiseitige prozessuale Geschäfte, Vereinbarungen (z. B. über die Zuständigkeit [ZPO. § 38] über Fristverlängerung, Terminsaufhebung).

4.[1]) Die Wirkungen, die das Prozeßrecht den Parteihandlungen beilegt, sollen der Erledigung des Prozesses, der staatlichen Rechtspflege dienen, nicht einem rechtsgestaltenden Willen der Parteien zur Verwirklichung verhelfen; die rein prozessualen Parteihandlungen sind von anderer Art als rein privatrechtliche Geschäfte, und es lassen sich darum die für diese geltenden Regeln nicht ohne weiteres auf die Prozeßhandlungen übertragen;[2]) insbesondere wäre es begreiflich, wenn das Prozeßrecht, dem es vor allen Dingen auf Bestimmtheit und Sicherheit ankommen muß, dem inneren Willen nicht die gleiche Bedeutung für die Gültigkeit der Erklärung beilegen würde wie das Privatrecht. Vgl. unten IV 2.

Nicht umsonst ist gerade der Prozeß in seinen historischen Anfängen so streng formalistisch.

In mancher Hinsicht richten sich indes auch die Wirkungen prozessualer Akte nach dem Willen der Parteien; die Parteien können über prozessuale Befugnisse verfügen, ja zum Teil sind Voraussetzungen und Gang des Verfahrens von ihrem Willen abhängig.

Z. B. vereinbarte Zuständigkeit, insbesondere aber ZPO. § 295, vgl. unten § 84.

Soweit dem Parteiwillen maßgebende Bedeutung zukommt, hat sich die Prüfung des Gerichtes darauf zu beschränken, ob der Parteiwille in gültiger Weise erklärt ist.

Man kann also wohl von „prozessualen Rechtsgeschäften" reden, insofern das Prozeßrecht mit einer Parteihandlung eine Wirkung verknüpft, durch die dem Parteiwillen entsprochen werden soll. Es gelten jedoch für diese prozessualen Rechtsgeschäfte keine besonderen Bestimmungen; namentlich ist die — doch auf der Geschäftsfähigkeit beruhende — Prozeßfähigkeit ein allgemeines Erfordernis sämtlicher Parteihandlungen.

Die Klage übrigens ist wohl nicht (wie vielfach geschieht) zu den prozessualen Rechtsgeschäften zu rechnen, da die Wirkungen der Rechtshängigkeit (vgl. unten § 88) nicht darum eintreten, weil sie von den Parteien gewollt sind.[3]) Vgl. auch unten IV 2.

5. Prozeßhandlungen können, wenn sie für den Inhalt des Urteils bestimmend sind, mittelbar auf das streitige Rechtsverhältnis einwirken (so z. B. ein gerichtliches Geständnis, das wahrheitswidrig abgegeben wird).

---

[1]) Gaupp-Stein, Vorbemerk. vor ZPO. § 128 II 3. Schmidt § 57. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis §§ 5 ff. Ges. Beiträge S. 126 ff. (auch Gruchot Bd. 31), S. 254 ff. Klein, Die schuldhafte Parteihandlung (1885) S. 27 ff. Trutter, Das prozessuale Rechtsgeschäft (1890). Ferner die Literatur über das gerichtliche Geständnis, besonders Pollak, Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses (1893), dazu Alfr. Schultze, Z. Bd. 19 S. 341 ff., namentlich aber O. Bülow, Das Geständnisrecht (1899), besonders Teil 2 I—III (S. 49 ff., dort auch weitere Literatur; vgl. auch Thon, Z. Bd. 27 S. 366 ff.).

[2]) Die gegenteilige Auffassung wird besonders von Kohler vertreten.

[3]) So auch Schmidt S. 281.

Es können aber Prozeßhandlungen zugleich auch von unmittelbarer privatrechtlicher Wirkung sein; sie sind darum nicht weniger Prozeßhandlungen.[4]) (So Vergleich, Anerkenntnis, Verzicht, Erklärung einer Aufrechnung, einer Anfechtung.) Vgl. darüber oben § 33 beſ. III.

Wenn eine ſolche Erklärung (z. B. eine Aufrechnung oder Anfechtung) in einem vorbereitenden Schriftſatz abgegeben wird, ſo tritt ihre materiellrechtliche Wirkung ſchon mit der Zuſtellung des Schriftſatzes, nicht erſt mit dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung ein, und bleibt alſo auch beſtehen, nachdem die Klage zurückgenommen iſt. Allerdings kann es auch ſein, daß in dem vorbereitenden Schriftſatz die Aufrechnung oder Anfechtung noch nicht vollzogen, ſondern nur für die mündliche Verhandlung angekündigt wird.[5])

Die Prozeßvollmacht ermächtigt auch zu Prozeßhandlungen mit materiellrechtlicher Wirkung, wie Aufrechnung, Anfechtung. S. oben § 25 II 1.

Daß Vergleich, Verzicht, Anerkennung nicht Prozeßhandlungen ſeien, iſt aus dem Wortlaut des § 81 hergeleitet worden; aber daß ſie hier neben die Prozeßhandlungen geſtellt ſind, läßt ſich daraus erklären, daß dieſe Akte eben auch außerhalb des Prozeſſes vorkommen können. Vgl. § 24 III 2.

Keine Prozeßhandlung iſt die Erteilung eines Auftrages zur Vornahme einer Prozeßhandlung für die Partei. Daher unterliegt auch die Erteilung eines Auftrages an den Gerichtsvollzieher nicht dem Anwaltszwang (ſ. oben § 71 VI A).

II. Die Parteiakte, durch die eine richterliche Tätigkeit herbeigeführt werden ſoll, haben die Geſtalt von Anträgen, Geſuchen. „Geſuch" iſt die regelmäßige Bezeichnung für Anträge auf Entſcheidungen, die keiner vorgängigen mündlichen Verhandlung bedürfen. Zur Begründung der Anträge dienen tatſächliche Behauptungen und Beweisantretungen, welch letztere aber ihrem Weſen nach ſelbſt wieder Anträge — auf Beweisaufnahme — ſind, vgl. oben § 41 II.

Die Anträge gehen entweder auf eine Entſcheidung in der Hauptſache oder betreffen nur das Verfahren.

1. Die Anträge in der Hauptſache begrenzen den Umfang der gerichtlichen Entſcheidung — einer Partei darf nicht zugeſprochen werden, was nicht beantragt iſt, ZPO. § 308 (dazu vgl. oben § 54 VI), die Rechtsmittelanträge begrenzen den Umfang der Nachprüfung des angefochtenen Urteiles. ZPO. §§ 536, 559.

2. Die auf das Verfahren bezüglichen Anträge können zu der Tätigkeit des Gerichtes in verſchiedenem Verhältniſſe ſtehen; ſie können die unerläßliche Vorausſetzung dafür bilden (z. B. vgl. das über die Ausſetzung, oben § 72 B, oder über die Beweisaufnahme, oben §§ 40, 41,

[4]) Kohler, Z. Bd. 29 S. 1 ff.
[5]) Über dieſe beſtrittene Frage oben § 49 VI.

Gesagte); sie können aber auch das Gericht nur hinweisen auf das, was es schon von Amts wegen zu tun verpflichtet sein würde; das gilt insbesondere auch für die Prüfung wesentlicher Erfordernisse des Verfahrens. In jedem Falle aber muß über den gestellten Antrag entschieden werden, auch wenn es sich um einen von Amts wegen zu prüfenden Punkt handelt und das Gericht den Antrag für unbegründet hält.

III. An die Klage ist der Kläger gebunden, sobald der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt hat; ZPO. § 271 (dazu vgl. unten § 90) und Entsprechendes gilt auch für die Berufung, die Revision §§ 515, 566 (vgl. unten § 98 VII).

Sonstige Anträge können, bevor sie erledigt sind, zurückgenommen, es kann aber dann der Antrag vom Gegner aufgenommen werden; namentlich gilt das von Beweisanträgen, insbesondere s. ZPO. § 399; eine Urkunde kann, einmal vorgelegt, nur noch mit Zustimmung des Gegners zurückgezogen werden, ZPO. § 436; vgl. oben § 43 VI.

Auch an ihre tatsächlichen Erklärungen ist eine Partei nicht gebunden, soweit sie ihr selbst zum Vorteil gereichen. Sie ist aber gebunden an eine ihr nachteilige Erklärung, ein gerichtliches Geständnis. ZPO. § 288.

Sie ist nicht gebunden an ihre Eideszuschiebung, so wenig wie an jede andere Beweisantretung. Sie ist aber gebunden an eine Annahme oder Zurückschiebung des Eides. ZPO. § 458. Vgl. oben § 45 X.

Bindend ist eine Vereinbarung, sobald sie geschlossen ist; die Bestimmungen des BGB. über das Zustandekommen eines Vertrages, die Bindung an eine Offerte, die Möglichkeit ihres Widerrufes sind auch für die prozessualen Verträge verwertbar.

Einseitige Verzichte, Rücknahmen (der Klage, der Rechtsmittel) sind bindend, sobald sie in der dem Gesetz entsprechenden Weise erklärt sind.

IV. Zur Wirksamkeit einer Parteihandlung bedarf es

1. der Wahrung der gesetzlichen Vorschriften über ihre Form (insbesondere auch über den Inhalt eines zuzustellenden Schriftsatzes), soweit diese Vorschriften zwingender, nicht bloß „instruktioneller Natur" (bloße „Sollvorschriften") sind.[6])

S. z. B. §§ 253[3 4], 518[2], 519.

Wenn zum Vollzuge der Handlung eine Zustellung erforderlich ist, so müssen also namentlich die wesentlichen Zustellungsformen beobachtet sein.

Zweifelhaft ist hier insbesondere, ob die Zustellungsurkunde zur Form der Zustellung gehört oder nur ihrem Beweise dient; s. darüber oben § 71 VI.

2. Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung im Sinne des BGB. § 119 macht eine Prozeßhandlung nicht unwirksam. Hat sich der Kläger

[6]) Darüber Wach, Handbuch § 23 VI. Heilbut, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 69 S. 331 ff.

z. B. in der Person des Beklagten geirrt, so ist nichtsdestoweniger der irrtümlich Beklagte berechtigt, die Abweisung der Klage als einer *unbegründeten* zu verlangen.[7]) Beachtlich aber ist durchweg eine offenbare Unrichtigkeit des Ausdruckes.

Solche Unrichtigkeiten können sogar in einem Urteile von Amts wegen berichtigt werden. ZPO. § 319, vgl. oben § 58 VII.

Unwirksam ist auch nicht eine Klage, die *simuliert* in dem Sinne ist, daß es dem Kläger, im Einverständnis mit dem Beklagten, in Wahrheit nicht um die Verwirklichung eines begründeten Anspruches zu tun ist; der Beklagte kann nur den Einwand arglistigen Verhaltens erheben, wenn der Kläger, der Verabredung zuwider, von dem Urteil Gebrauch machen wollte. Und in gleicher Weise wäre die Simulation eines sonstigen Parteiaktes geltend zu machen.[8])

Bei *einzelnen* Parteihandlungen aber ist der *Irrtum* in einer *Voraussetzung* beachtlich. Die irrtümliche Annahme der Wahrheit der zugestandenen Tatsache macht zwar für sich allein das gerichtliche Geständnis nicht unwirksam, aber entkräftet dasselbe doch in Verbindung mit dem Beweise des Gegenteils. ZPO. § 288. (S. oben § 35 III.) Und diese Vorschrift wird auf Anerkenntnis und Verzicht entsprechend anzuwenden sein. Der gerichtliche *Vergleich* aber hat das Besondere, daß er nicht die Grundlage zu einem Urteile liefert, sondern selbständig, gleich einem Urteile, den Prozeß erledigt. Wenn er also auch eben darum Prozeßhandlung ist, so *wirkt* er doch anderseits selbständig als privatrechtlicher Vertrag und seine Wirksamkeit richtet sich daher nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes. (S. besonders auch BGB. § 779; vgl. oben § 33 I. IV.) Die Annahme oder Zurückschiebung eines Eides kann mit Rücksicht auf das Ergebnis, welches andere Beweismittel geliefert haben, widerrufen werden, ZPO. §§ 454[2]; die *Zurückschiebung* des Eides kann widerrufen werden wegen Unkenntnis der Tatsache, daß der Gegner schon eine rechtskräftige Verurteilung wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht erlitten hat. ZPO. §§ 457, 470. (Vgl. oben § 45 X.)

3. Wie ein rechtskräftiges Urteil noch mit der „Restitutionsklage" angefochten werden kann, wenn es von dem Vertreter einer Partei oder dem Gegner oder seinem Vertreter durch eine *gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlung* erwirkt worden ist, so kann schon *im Laufe des Prozesses* die Unwirksamkeit einer Prozeßhandlung geltend gemacht werden, die mit einer solchen Handlung zusammenhängt. Es kann also insbesondere z. B. ein gerichtliches Geständnis, ein Anerkenntnis oder ein Verzicht wegen Betruges oder Zwanges (Nötigung oder Erpressung) angefochten

---

[7]) Über unrichtige Parteibezeichnung in der Klage *Weizsäcker*, Z. Bd. 27 S. 20 ff.

[8]) Über simulierten Prozeß *Sintenis*, Z. Bd. 30 S. 358 ff.

werden, vorausgesetzt, daß deshalb rechtskräftig auf Bestrafung erkannt ist oder die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. ZPO. §§ 580 Nr. 4, 581.

S. unten § 102 IV, zu vergleichen auch §§ 463², 580 Nr. 1.

4. Allgemeines Erfordernis der Parteihandlungen ist, in Ansehung der handelnden Person, daß sie *parteifähig* und daß sie *prozeßfähig* sei; eine prozeßunfähige Person bedarf des gesetzlichen Vertreters. Zur Wirksamkeit einer Prozeßhandlung, einer richterlichen nicht weniger als einer Parteihandlung, ist aber auch erforderlich, daß sie *gegenüber* einer prozeßfähigen Person oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter einer prozeßunfähigen vorgenommen sei. Das gilt insbesondere auch von den Zustellungen (s. oben § 71 IV 1).

Über Begriff und Voraussetzungen der Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit s. oben §§ 23, 24. Im übrigen s. noch unten § 77.

Eine Partei (oder ihr gesetzlicher Vertreter) kann selbst handeln oder durch einen *Bevollmächtigten*; die von dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Bevollmächtigten vorgenommene Prozeßhandlung ist unmittelbar für den Vertretenen wirksam. (Darüber noch unten § 78.)

Soweit aber Anwaltszwang besteht, ist unwirksam die Prozeßhandlung, die von der Partei selbst vorgenommen ist und nicht von ihrem berufenen Rechtsanwalte. (S. oben § 25 III und § 48 V.)

Ebenso verhält es sich mit einer im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites gegenüber der Partei selbst vorgenommenen Zustellung; s. oben § 71 IV 5.

5. Weitere Gültigkeitsbedingungen ergeben sich daraus, daß die einzelne Prozeßhandlung nur *ein Glied* des Verfahrens und nur als solches prozessualisch wirksam ist. Daraus folgt, daß eine Parteihandlung unwirksam sein muß, wenn eine *andere* es ist, von der sie *abhängt*. Es folgt weiter, daß eine Handlung unwirksam ist, wenn sie der *Ordnung* des Verfahrens nicht entspricht, wenn sie nicht rechtzeitig vorgenommen ist; davon noch unten in der Lehre von der Versäumnis (§ 85). Unwirksam ist gegenüber der anderen Partei eine Prozeßhandlung, die während einer *Hemmung* des Verfahrens vorgenommen ist; gerade hiedurch wird die Hemmung des Prozesses bewerkstelligt (s. oben § 72 C).

V. Die Erfordernisse der Prozeßhandlungen sind zum Teil *von Amts wegen zu prüfen*, zum Teil sind sie „*verzichtbar*", d. h. ihr Mangel kann dadurch geheilt werden, daß auf ihre Geltendmachung verzichtet oder ihre Rüge versäumt wird. Darüber speziell unten § 84.

Nahe liegt die Vergleichung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit privater Rechtsgeschäfte. Aber sie trifft nicht ganz zu; darüber vgl. unten § 84 III 2.

Solche „verzichtbare" Mängel können *nicht von der Partei selbst* gerügt werden, welche die mangelhafte Handlung vorgenommen hat.

Der Mangel einer Zustellung z. B. nicht von derjenigen Partei, die sie bewirkt hat; während einer Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommene Parteihandlungen sind nur der anderen Partei gegenüber unwirksam. ZPO. § 249², vgl. oben § 72 C.

Der Mangel der Prozeßfähigkeit, der Vertretungsbefugnis kann durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden; ZPO. §§ 56², 89 (vgl. unten § 77).

Eigentümlich ist die Bestimmung des § 187; hier wird der Mangel der Ersatzzustellung nicht eigentlich geheilt, sondern die Ladung gilt erst mit dem Zeitpunkt als bewirkt, zu welchem die Partei, nach ihrer Erklärung, sie wirklich erhalten hat; vgl. oben § 71 VI A 3.

Von Amts wegen sind solche Erfordernisse zu prüfen, die in einem öffentlichen Interesse ihren Grund haben: dem staatlichen Interesse an einer geordneten Rechtspflege, an gerechter, unparteiischer Entscheidung, dem Interesse, welches der Staat an der Vertretung geschäftsunfähiger oder sonst hilfsbedürftiger Personen nimmt u. s. w.

Dazu vgl. insbesondere unten § 84 und die Erörterungen bei den einzelnen Prozeßhandlungen. Was des näheren Prüfung von Amts wegen bedeute, wird in der Lehre von den Entscheidungen (unten § 82 III), wie weit sich bei Versäumnis eines Termins zur mündlichen Verhandlung die richterliche Prüfung zu erstrecken habe, wird in der Lehre vom Versäumnisverfahren zu erörtern sein (unten § 93).

Ist aber auf Grund einer mangelhaften Parteihandlung eine Entscheidung ergangen, so kann nun der Mangel nur durch Anfechtung der Entscheidung geltend gemacht werden. Anderseits: die Anfechtung einer Entscheidung kann darauf gegründet werden, daß sie auf einer mangelhaften Parteihandlung beruhe.

Das Nähere hierüber in der Lehre von den Rechtsmitteln (§§ 97 ff.). — Gewisse Mängel rechtfertigen die Wiederaufnahme des bereits durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens; vgl. unten § 102.

VI. Welche Folgen weiterhin die Mangelhaftigkeit einer Parteihandlung nach sich zieht, hängt von der Art der Handlung, ihrer Bedeutung für das Verfahren, ab: die unwirksame Klage, der unwirksame Antrag, das unwirksame Rechtsmittel wird als „unstatthaft" abgewiesen, eine unwirksame Erklärung bleibt bei der Entscheidung unbeachtet, eine Partei wird, weil ihr Vertreter sich nicht zu legitimieren vermag, oder weil sie selbst, nicht vertreten durch einen Rechtsanwalt, erschienen ist, als säumig behandelt u. s. w. Besonders weitgreifend ist die Unwirksamkeit der für das ganze Verfahren oder für die Instanz grundlegenden Akte, der Klage, der Rechtsmittel. Davon wird noch besonders zu reden sein.

Hinsichtlich der Klage s. speziell unten § 89.

VII. Unwirksame Handlungen hat das Gericht nach Möglichkeit zu verhüten, es hat daher z. B. den Prozeßunfähigen, den unberufenen Vertreter zurückzuweisen. Es kann aber unter Umständen das Gericht auch die an sich unwirksame Handlung zulassen, sofern eine Heilung des

Mangels möglich ist. Namentlich gilt das auch von Handlungen eines Prozeßunfähigen oder eines unlegitimierten Vertreters; darüber s. unten § 77 II und § 78 V.

§ 77.

Die Prozeßfähigkeit als Erfordernis der Parteihandlung.[1])

I. Die Prozeßhandlung, die von einer prozeßunfähigen Person oder gegenüber einer prozeßunfähigen und nicht von oder gegenüber ihrem gesetzlichen Vertreter vorgenommen wird, ist *unwirksam*. Die prozeßunfähige Partei ist nicht zur Prozeßführung im ganzen und nicht zu einzelnen Prozeßhandlungen zuzulassen. (Vgl. oben § 76 VII.) Eine besondere Bestimmung gilt hinsichtlich des Parteieides; ZPO. §§ 473[2], 477[1], vgl. oben 45 VI.

Kein Zweifel ist, daß das Gericht das persönliche Erscheinen einer prozeßunfähigen Partei anordnen und sie persönlich befragen kann, ZPO. § 141; dabei *handelt* eben die Partei nicht, sondern ist Mittel der Aufklärung des Richters über das Sachverhältnis.

II. Die Handlung eines Prozeßunfähigen kann aber dadurch wirksam *werden*, daß der gesetzliche Vertreter (oder auch die inzwischen prozeßfähig, z. B. großjährig gewordene Partei selbst) nachträglich dieselbe *genehmigt*. Mit Vorbehalt der Genehmigung kann denn auch eine prozeßunfähige Partei zur Prozeßführung zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. ZPO. § 56[2].

Es droht z. B. die Verjährung oder ein Fristablauf, oder es handelt sich um eine Beweissicherung oder um einen Arrest oder einstweilige Verfügung.

Dann hat das Gericht eine Frist zur Beseitigung des Mangels zu bestimmen. Vor Ablauf derselben darf das Endurteil (oder ein Zwischenurteil, das hinsichtlich der Rechtsmittel einem Endurteil gleichgestellt ist) nicht erlassen, es kann aber auch noch nach Ablauf der Frist — bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht[2]) — die Genehmigung beigebracht werden. ZPO. § 56[2] Satz 2.

III. Den *Mangel* der Prozeßfähigkeit hat das Gericht von *Amts* wegen zu berücksichtigen, ZPO. § 56 (vgl. oben § 76 V). Es hat ihn zu berücksichtigen, auch wenn er von keiner Seite gerügt, es hat die Prozeßfähigkeit der Parteien zu prüfen, auch wenn sie von keiner Seite bestritten wird.

Freilich wird das Gericht den *Beweis* der Prozeßfähigkeit (von dem, der sich darauf beruft) nur *fordern*, wenn es Veranlassung hat, sie zu bezweifeln; und für die Beweiswürdigung kommt in Betracht, daß bei Volljährigen Prozeßfähigkeit die normale Eigenschaft ist. Vgl. unten § 82 III 1.

---

[1]) Vgl. oben § 24.
[2]) ERG. Bd. 14 Nr. 122.

IV. Was von der Prüfung der Prozeßfähigkeit gesagt ist, das gilt entsprechend auch für die Befugnis einer Person, als *gesetzlicher Vertreter* einer Partei aufzutreten, und für die erforderliche Ermächtigung zur Prozeßführung. ZPO. § 56.

Es hat also, wer als gesetzlicher Vertreter einer Partei auftritt, sich stets als solchen zu „*legitimieren*"; das Gericht hat stets von Amts wegen zu prüfen, ob der Fall einer gesetzlichen Vertretung gegeben (insbesondere ob die Partei prozeßunfähig) und ob derjenige, der für die Partei handeln will, der zu ihrer gesetzlichen Vertretung Berufene ist.

Für den Nachweis der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters wird durch Ausstellung einer *öffentlichen Urkunde* Sorge getragen.

Hinsichtlich der Bestallung des Vormundes, Gegenvormundes oder Pflegers s. BGB. §§ 1791, 1792, 1915, hinsichtlich des Ausweises der Vorstandsmitglieder eines eingetragenen Vereines BGB. § 69, des Testamentsvollstreckers BGB. § 2368.

Auch hier ist einweilige Zulassung unter Vorbehalt der Beseitigung des Mangels — der nachträglichen Legitimation, der nachträglichen Ermächtigung zur Prozeßführung oder ihres nachträglichen Beweises — zulässig. ZPO. § 56.

Einer, der nicht gesetzlicher Vertreter ist, kann nur als Geschäftsführer der prozeßunfähigen Partei — auf Grund des § 89 ZPO. — zugelassen werden.

Eben darum, weil die prozeßunfähige Partei nicht selbst handeln kann, sondern eines gesetzlichen Vertreters bedarf, wird durch den Eintritt der Prozeßunfähigkeit, den Wegfall des gesetzlichen Vertreters das Verfahren unterbrochen; darüber s. oben § 72 A I 3.

§ 78.

Handlungen eines Bevollmächtigten.[1])

I. Die Prozeßhandlung, die der Bevollmächtigte innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht vornimmt, ist *unmittelbar* für die vertretene Partei wirksam, so als ob sie selbst gehandelt hätte, und ist nicht wirksam für den Bevollmächtigten („*direkte* Stellvertretung").

1. Sie *gilt*, in ihren *Wirkungen*, einer Handlung des Vertretenen gleich, ist in Wahrheit aber doch eine Handlung des *Vertreters* und nicht der Partei, und ist danach zu beurteilen.

Das wird z. B. von Bedeutung für den Widerruf des Geständnisses auf Grund eines Irrtums: ZPO. § 290. Auf den Irrtum des Vertreters kommt es an, nicht auf den der Partei, es müßte denn die Partei zu dem Geständnis besonderen Auftrag erteilt haben; vgl. BGB. § 166[2].

2. Aber *tatsächlichen* Erklärungen, insbesondere Geständnissen des Vertreters, kann die miterschienene Partei dadurch ihre Wirkung entziehen, daß sie dieselben sofort widerruft oder berichtigt. ZPO. § 85.

[1]) Vgl. oben § 25.

Von anderen wird (entgegen dem Wortlaut des Gesetzes) diese Bestimmung auch ausgedehnt auf Anerkenntnisse, Verzichtleistungen und Eideserklärungen.[2]) Jedenfalls gilt sie nicht für Anträge. Es ist also dem Anwalt auch nicht verwehrt, Anträge zu stellen für den Fall, daß das Gericht eine von der Partei bestrittene Behauptung des Gegners für erwiesen ansehen werde.[3])

3. Unterlassungen des Bevollmächtigten sind gleichfalls der Partei selbst zuzurechnen und verschuldet ist ein Versäumnis auch dann, wenn sie in einer Verschuldung des Vertreters ihren Grund hatte. ZPO. § 232, vgl. unten § 85 IX.

Dagegen kann jedes Vorbringen eines Beistandes (nicht bloß tatsächliches) von der Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden, ZPO. § 90; vgl. oben § 25 VI.

4. Das Prinzip der direkten Stellvertretung hat sich in seinen Anfängen in der mittelalterlichen italienischen Jurisprudenz entwickelt und ist erst im Rechte der Neuzeit zur völligen Ausbildung gelangt. Im römischen Prozesse wird der procurator der Partei durch den Vollzug der litiscontestatio der „dominus litis"; der procurator des Beklagten, nicht der Beklagte wird kondemniert; dem procurator des Klägers wird der Beklagte kondemniert, nicht dem Kläger selbst; das Interesse des Gegners wird durch Kautionen gewahrt (der procurator des Beklagten hat cautio iudicatum solvi, der des Klägers cautio de rato zu leisten). Späterhin verstand man sich wenigstens dazu, die actio iudicati dem Vertretenen und gegen den Vertretenen zu gewähren.[4])

II.[5]) Die im Namen einer Partei von einem Unbeauftragten vorgenommene Prozeßhandlung ist unwirksam, und ebenso die Prozeßhandlung, die gegenüber einem vollmachtlosen Vertreter vorgenommen ist.

Speziell über die von einem Unbeauftragten erhobene Klage s. unten § 89 I 1.

In jedem Fall ist der vollmachtlose Vertreter zum Ersatze der durch seine unbefugte Prozeßführung dem Gegner erwachsenen Kosten zu verurteilen; auch hat er ihm die durch dieselbe entstandenen Schäden zu ersetzen, und zwar auch dann, wenn ihn kein Verschulden trifft. ZPO. § 89. (Zu vergleichen BGB. § 179.)

Daß der Anspruch auf Schadensersatz in dem anhängigen Prozesse geltend gemacht werden könne, ist hier nicht bestimmt (anders ZPO. §§ 302, 600, 717).

III. Den Mangel der Vollmacht kann der Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits rügen; insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, hat ihn das Gericht auch von Amts wegen zu beachten; soweit eine Vertretung durch Anwälte notwendig ist, hat es den Anwalt ohne weiteres als legitimiert anzusehen, und braucht sich also der Anwalt erst dann zu legitimieren, wenn es der Gegner verlangt.[6]) ZPO. § 88.

---

[2]) So besonders Seuffert, Wach, Handbuch § 53 N. 9 (der aber Eideszuschiebungen und -zurückschiebungen ausnimmt).
[3]) Anders ERG. Bd. 10 Nr. 139.
[4]) Wetzell § 9 (S. 73 ff.). Keller-Wach, Der römische Zivilprozeß § 52.
[5]) Wach § 52. Ulbricht, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 48 ff.
[6]) Legitimieren muß sich denn auch der Armenanwalt. ERG. Bd. 47 Nr. 106.

Auch im Anwaltsprozeß ist also die Legitimation von Amts wegen bei solchen Handlungen zu prüfen, die dem Anwaltszwang nicht unterstehen; aber auch bei diesen nicht, wenn sie von dem Rechtsanwalte vorgenommen werden, der unbeanstandet als Prozeßbevollmächtigter fungiert; denn seine Prozeßvollmacht hat, so lange nicht ihr Mangel gerügt ist, als feststehend zu gelten und ermächtigt ihn zu allen Prozeßhandlungen.[7])

Die Vollmacht ist durch eine schriftliche Urkunde *nachzuweisen*, die zu den Gerichtsakten abzugeben ist; ist es eine Privaturkunde, so kann der Gegner gerichtliche oder notarielle Beglaubigung verlangen (die Form der Beglaubigung ist vereinfacht, es bedarf dabei weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls). ZPO. § 80. Ein Vertreter, der sich nicht in der erforderlichen Weise zu legitimieren vermag, ist einem vollmachtlosen Vertreter gleich zu behandeln.[8])

Die *Gültigkeit* der Vollmacht ist jedoch an keine Form gebunden: die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt hat. ZPO. § 89[2].

IV. Der Mangel der Vollmacht wird, mit rückwirkender Kraft *geheilt* durch nachträgliche Genehmigung, ausdrückliche oder stillschweigende. ZPO. § 89[2].

Auch eine *teilweise* Genehmigung ist möglich, aber nur mit Bezug auf einen trennbaren Teil des Prozesses (mit Bezug auf einen von mehreren geltend gemachten Ansprüchen — oder nur für die untere, aber nicht für eine höhere Instanz — dagegen nicht mit Bezug auf eine von mehreren Prozeßhandlungen derselben Instanz).

Aber kein Verzicht des Gegners und kein Zugeständnis kann den Mangel der Vollmacht ersetzen, und ebensowenig kann durch Unterlassung der Rüge (auf Grund des § 295) die Handlung des vollmachtlosen Vertreters wirksam werden. Vgl. unten § 84.

V. Das Gericht kann nach seinem Ermessen einen vollmachtlosen Vertreter (sei es ein Geschäftsführer ohne Auftrag oder ein Bevollmächtigter ohne Legitimation) gegen Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden, ja auch ohne solche, *einstweilen* zur Prozeßführung zulassen, unter Festsetzung einer Frist, binnen welcher die Genehmigung oder die Vollmachtsurkunde beizubringen ist. Vor Ablauf dieser Frist darf das Endurteil nicht erlassen, die Genehmigung oder die Vollmachtsurkunde darf aber auch noch nach Ablauf der Frist bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, beigebracht werden (ebenso wie in dem analogen Fall der einstweiligen Zulassung eines gesetzlichen Vertreters, ZPO. § 56, vgl. oben § 77 IV). Die einstweilige Zulassung ändert indes nichts an der Verpflichtung des Vertreters, falls er ohne Vollmacht bleibt, Kosten und Schäden zu ersetzen. ZPO. § 89.

---

[7]) Darüber *Neubauer*, Z. Bd. 21 S. 57 ff. Die *herrschende* Meinung fordert auch hier Offizialprüfung.

[8]) Zufolge der Rüge stellen sich nun auch die vorher von dem Vollmachtlosen vorgenommenen Prozeßhandlungen als unwirksam dar. So besonders *Seuffert*, Wach § 52 N. 16. Von anderer Auffassung geht aus ERG. Bd. 30 Nr. 122 (auf S. 401). Vgl. unten IV Abs. 3.

§ 79.

Die Handlungen des Gerichtes, insbesondere die Entscheidungen.[1])

I. Die Hauptaufgabe des Gerichtes im Rechtsstreit ist die Entscheidung über die Klage; sich diese zu ermöglichen, nimmt es den Prozeßstoff in sich auf, wirkt es durch seine Anordnungen gestaltend auf Prozeßstoff und Prozeßgang ein, entscheidet es über Fragen prozeßrechtlicher Art, die sich aus dem Verfahren ergeben.

II. Die richterlichen Handlungen, die sich auf die Gestaltung des Prozeßstoffes und des Prozeßganges beziehen, kann man unter dem Begriffe der Prozeßleitung zusammenfassen.

Eigenartig ist die Vertreterbestellung durch den Vorsitzenden nach §§ 57, 58 ZPO.; ihrem Inhalte nach ein obervormundschaftlicher Akt, hier vorgenommen, um die Erhebung einer Klage zu ermöglichen.

Eigenartig auch ist die Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch das nächst höhere Gericht nach ZPO. § 36; hier handelt es sich um eine Ergänzung gesetzlicher Bestimmungen, wie sie sonst Sache der Justizverwaltung ist.[2])

Daß überhaupt den Gerichten auch Akte der Justizverwaltung übertragen sind, wurde schon früher erwähnt (oben § 10 III, § 11 IV 2).

Von der Prozeßleitung wesentlich verschieden ist die Sitzungspolizei (s. oben § 67); sie wirkt nicht gestaltend auf den Prozeß selbst ein, sondern will ihn nur vor äußeren Störungen bewahren. Allerdings können Maßregeln der Sitzungspolizei, sofern sie sich gegen am Prozeß beteiligte Personen richten, mittelbar auch wieder den Prozeß beeinflussen: ist eine bei der Verhandlung beteiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung vom Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. GVG. § 158.

In den Bereich der richterlichen Tätigkeit fällt endlich auch zum Teil die Beurkundung des Prozesses; den Prozeßstoff beurkundet das Gericht im Tatbestand des Urteils (darüber oben § 58 II), und auch die Beurkundungen des Sitzungsprotokolles erfolgen unter richterlicher Mitwirkung (darüber unten § 87).

Die Prozeßleitung ist mit dem ganzen Verfahren verwebt; überall ist sie wirksam, bei der mündlichen Verhandlung wie bei der Beweisaufnahme, wie beim Prozeßbetriebe (s. z. B. ZPO. §§ 136, 139—157); in einzelnen Beziehungen wird sie noch weiter unten (§ 81) erörtert werden. Sie betätigt sich in maßgebenden Anordnungen, „Entscheidungen"; dabei ist dies Wort in jenem weiten Sinne genommen, in dem es die Zivilprozeßordnung (ebenso wie die Strafprozeßordnung) gebraucht, wonach es jeden maßgebenden richterlichen Ausspruch bedeutet.

III. Hienach können wir unterscheiden: prozeßleitende und erkennende Entscheidungen.

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 300 ff. und Vorbemerk., zu § 136, §§ 139 ff. Planck § 31, §§ 74 ff. Schmidt § 56, §§ 91, 96, 98, 99, § 82 II. Wach, Vorträge S. 98 ff. — Für das gemeine Recht Wetzell §§ 44, 45, 51.

[2]) Schultzenstein, Z. Bd. 23 S. 58 ff.

1. Die erkennenden Entscheidungen beziehen sich entweder auf die Hauptsache, das streitige Rechtsverhältnis, das sind die materiellen Entscheidungen; oder sie haben prozeßrechtliche Fragen zum Gegenstande, sind prozessuale Entscheidungen.

2. Die prozeßleitenden Entscheidungen beeinflussen mit eigener, vom Gericht gewollter Wirkung den Stoff oder den Gang des Prozesses; wogegen die erkennenden Entscheidungen über die Rechtswirkung eines anderweiten Tatbestandes befinden.

Die erkennenden Entscheidungen, die prozessuale Fragen zum Gegenstande haben, werden zuweilen in der Literatur auch mit zur Prozeßleitung gerechnet. Und es ist überhaupt nicht zu bestreiten, daß die hier gesonderten Gruppen in Wirklichkeit sich in mannigfacher Weise miteinander verbinden und ineinander übergehen. Eine in erster Linie auf den Prozeßstoff bezügliche Entscheidung kann mittelbar auch den Prozeßgang und eine auf den Prozeßgang bezügliche mittelbar auch den Prozeßstoff beeinflussen (man denke an Beschränkung der Verhandlung, Anordnung einer Beweisaufnahme, Zurückweisung verzögerlicher Verteidigungs- oder Beweismittel, Zurückweisung eines des Vortrags nicht Fähigen). Ferner: einer prozeßleitenden Entscheidung muß die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit vorausgehen, und wird diese von einem Beteiligten beanstandet, so bedarf es einer erkennenden Entscheidung. Und von dem Ausfall einer erkennenden prozessualen Entscheidung hängt natürlich auch wieder die Gestaltung des Prozeßstoffes oder Prozeßganges ab. — Immerhin ist die Unterscheidung doch in mancher Hinsicht für die Darstellung bequem.

3. Soweit eine Entscheidung auf Parteiantrag ergeht, kann ihr Verhältnis zu diesem selbstverständlich ein positives oder negatives sein; sie kann dem Antrage stattgeben oder ihn abweisen (unter Umständen auch ihm teilweise stattgeben und ihn teilweise abweisen).

IV. Durch ihre Form sind vor den anderen Entscheidungen die Urteile ausgezeichnet, insbesondere bedürfen sie eines Tatbestandes und einer Begründung. Diese Form, die für alle Urteile, welches auch ihr Inhalt sein möge (ZPO. § 313), vorgeschrieben ist, wurde schon oben (§ 58), bei dem Urteil über den Klaganspruch, erörtert.

Im Unterschiede von den Urteilen heißen die anderen Entscheidungen Beschlüsse, Verfügungen.

Insbesondere ist eine Begründung nur für die Urteile (ZPO. § 313 Nr. 4) vorgeschrieben; sie ist aber auch bei anderen Entscheidungen angemessen, jedenfalls bei solchen, die mit der Beschwerde angefochten werden können.

Verfügungen heißen in der Regel die Entscheidungen des Vorsitzenden, Beschlüsse die Entscheidungen, die im kollegialgerichtlichen Verfahren vom Kollegium, vom „Gerichte", zu erlassen sind.

Verfügungen heißen auch die Entscheidungen eines beauftragten oder ersuchten Richters.

S. besonders ZPO. § 229; vgl. auch §§ 188[2] und [3], 226[2]. Der Sprachgebrauch ist nicht streng festgehalten: ZPO. § 160 Nr. 5 redet von „Verfügungen" des „Gerichtes". — Für den weiten Sinn des Ausdruckes Entscheidung vgl. besonders §§ 160 Nr. 5, 571, 572, 575, 576.

Zu gewissen Entscheidungen (prozessualen) Inhaltes ist der Gerichtschreiber berufen, s. ZPO. § 576 (vgl. z. B. § 299, öfter im Vollstreckungsverfahren, z. B. §§ 706, 724, 725).

In einem ganz anderen Sinne wird geredet von der in einem Urteil enthaltenen Entscheidung (§§ 318, 343); damit ist gemeint der maßgebende Ausspruch des Gerichtes, mit dem sich denn auch die materielle Rechtskraft verknüpft, im Gegensatze namentlich zu seiner Begründung.

Es verbinden sich aber mit jener Einteilung (in Urteile — Beschlüsse und Verfügungen) noch andere, wenn auch nicht gleich durchgreifende Verschiedenheiten.

1. Das Gericht ist an die in einem Urteil (End- oder Zwischenurteil) von ihm gegebene Entscheidung gebunden (ZPO. § 318); das Urteil ist unwiderruflich, sobald es verkündet ist.

Dagegen ist das Gericht an die Begründung seiner Urteile, insbesondere auch seiner Zwischenurteile oder Teilurteile nicht gebunden.

Über die mögliche Berichtigung des Tatbestandes s. oben § 58 II 7.

Andere Entscheidungen sind widerruflich, d. h. sie können von dem Gerichte oder dem Vorsitzenden, von dem sie erlassen sind, abgeändert werden. Eine Ausnahme machen die Beschlüsse, die mit dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind; sie sind (von wenigen Fällen abgesehen) unwiderruflich gleich den Urteilen (s. ZPO. § 577[3]; vgl. § 571).

Eine andere Frage ist, ob die Änderung nur auf Antrag, oder infolge einer Beschwerde, oder auch von Amts wegen erfolgen kann; darüber ist eine allgemein gültige Regel nicht aufzustellen.

2. Über materiellrechtliche Fragen kann nur durch Urteil (über den Klaganspruch durch Endurteil, über einzelne Voraussetzungen desselben, über eines von mehreren selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln, über den Grund des Anspruches [vgl. oben § 57], durch Zwischenurteil) entschieden werden; über prozeßrechtliche Fragen ist teils durch Urteil, teils durch Beschluß zu entscheiden: eine besondere Art der Zwischenurteile bilden diejenigen, welche einen „Zwischenstreit" — entweder unter den Parteien oder mit einem dritten, d. h. einen aus dem Verfahren sich entwickelnden Streit über eine prozeßrechtliche Frage — zur Entscheidung bringen, „die Zwischenstreitsurteile". ZPO. § 303.

Darüber speziell noch unten § 82. — Von ganz besonderer Bedeutung aber ist die Entscheidung über die prozessualen Voraussetzungen der Klage und damit des Verfahrens im ganzen, die sogen. „Prozeßvoraussetzungen"; darüber unten § 89.

Prozeßleitende Entscheidungen dagegen haben nie die Form von Urteilen, sie sind Beschlüsse oder Verfügungen.

3. Alle Urteile können nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen und müssen verkündigt werden.

S. besonders §§ 309, 310, 313 Nr. 3, vgl. oben § 48.

Die übrigen Entscheidungen setzen zum Teil gleichfalls eine mündliche Entscheidung voraus und bedürfen dann der Verkündigung (ZPO. § 329). Vgl. oben § 65.

Zum Teil sind sie von solcher Art, daß sie *nicht* auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen *können* (z. B. die Terminsbestimmung bei einer Ladung). Zum Teil „*können* sie ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen"; in Fällen dieser Art steht es im Ermessen des Gerichtes, ob es eine mündliche Verhandlung anordnen will oder nicht; wird eine solche angeordnet, so ist das eine „*fakultative*" im Gegensatz zur „*obligatorischen*" mündlichen Verhandlung.

Über deren Besonderheiten s. unten § 82 I.

V. Aus dem über die Urteile Gesagten ergibt sich folgende Übersicht:

1. Die Urteile scheiden sich in Endurteile und Zwischenurteile.

a) *Endurteile*[3]) sind Urteile, die über die Klage oder über die Anfechtung eines Endurteiles (durch Rechtsmittel, Einspruch, Nichtigkeits- oder Restitutionsklage) ergehen; sie sind dazu bestimmt, den ganzen Rechtsstreit oder doch eine Instanz zu erledigen. Endurteile sind aber auch die Entscheidungen, die den Rechtsstreit — nicht überhaupt, aber doch — für eine bestimmte Partei, ein bestimmtes Gericht erledigen.

Darüber noch in der Lehre von den Rechtsmitteln, unten § 98 I 1, für welche der Begriff des Endurteils besonders von praktischer Bedeutung ist.

Unter den Begriff der Endurteile fallen auch die *Teilurteile*. Sie sind teilweise Endurteile, Endurteile über trennbare Teile — nicht des Prozeßstoffes — sondern des Prozeßgegenstandes, ZPO. § 301; also: Urteile über einen Teil eines Anspruches (oben § 54 III), oder über einen von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüche, oder bei erhobener Widerklage nur über die Klage oder die Widerklage (unten § 108).

b) *Zwischenurteile* heißen die anderen Urteile, die Urteile, die, im Laufe einer Instanz dem Endurteile vorausgehend, nicht die Klage oder ein Rechtsmittel, sondern einen einzelnen Streitpunkt erledigen.

Dieser Streitpunkt kann ein materiellrechtlicher oder ein prozeßrechtlicher sein. Danach teilen sich die Zwischenurteile in *materielle* Zwischenurteile, „vorentscheidende Zwischenurteile", und in Zwischenurteile zur Erledigung eines Zwischenstreites, „Zwischenstreitsurteile".

Auch ein *Endurteil* kann übrigens nur *prozessualen* Inhaltes sein, sofern es nämlich aus prozeßrechtlichem Grunde die Klage oder die Anfechtung eines Endurteiles abweist.

2. Wie Endurteile (s. oben § 60), so können auch vorentscheidende Zwischenurteile unbedingt oder durch Eid bedingt sein (ZPO. § 461 und oben § 60 II). Bezüglich der Zwischenstreitsurteile s. unten § 82 II 5.

3. Wie Endurteile (s. oben § 55), so können auch Zwischenstreits-

---

[3]) L. *Seuffert*, Z. Bd. 7 S. 7 ff.

urteile kontradiktorische oder Versäumnisurteile sein (ZPO. § 347[2] und unten § 93 IX).

VI. Von der Widerruflichkeit der Entscheidungen (s. oben IV 1) ist wesentlich verschieden ihre Anfechtbarkeit durch Einspruch oder Rechtsmittel. Davon und über den damit zusammenhängenden Begriff der formellen Rechtskraft ist (in Hinsicht auf das Urteil über den Klaganspruch) schon oben (§ 59) die Rede gewesen und wird noch in anderem Zusammenhang ausführlicher zu reden sein (in der Lehre von den Rechtsmitteln und von der Zwangsvollstreckung, vgl. ZPO. §§ 704, 705). Auch dafür werden die aufgestellten Unterscheidungen bedeutsam. Es gibt nämlich Rechtsmittel — die Berufung und die Revision —, die nur gegen Endurteile zulässig sind, sowie gegen bestimmte Zwischenurteile, die in dieser Beziehung den Endurteilen gleichgestellt sind. Die anderen Entscheidungen sind entweder völlig unanfechtbar, oder sie können nur mittelbar angefochten werden, durch Anfechtung eines auf ihnen beruhenden Urteiles, oder sie sind selbständig anfechtbar mit dem Rechtsmittel der einfachen oder sofortigen Beschwerde.

Der Einspruch steht nur der säumigen Partei gegen ein Versäumnisurteil zu. S. unten § 94.

Formell rechtskräftig ist eine unwiderrufliche Entscheidung, wenn sie auch nicht (oder nicht mehr) durch Rechtsmittel oder durch Einspruch anfechtbar ist (vgl. oben § 59). Der Begriff der formellen Rechtskraft ist also anwendbar auf (ihrer Art nach) direkt anfechtbare Urteile und solche Beschlüsse, die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sind; denn auch diese sind unwiderruflich. ZPO. § 577[3]; vgl. oben IV 1.

VII. Materielle Rechtskraft (oben § 61 B) kommt Endurteilen zu, wenn sie formell rechtskräftig geworden sind; und zwar nur den materiellen Urteilen, nicht denen, die aus prozessualem Grunde die Klage abweisen.

Das letztere ist bestritten; s. darüber unten § 89 X.

Materielle Rechtskraft wird aber auch den (in Hinsicht auf die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel den Endurteilen gleichgestellten) Zwischenurteilen beizulegen sein, die vorab über den Grund des Klaganspruches entscheiden (ZPO. § 304); und auch Urteile, die unter Vorbehalt der Aufrechnung über die Klagforderung entscheiden (ZPO. § 302), sind materieller Rechtskraft fähige Urteile; denn an der Entscheidung über die Klagforderung an sich kann durch die nachfolgende Verhandlung über die Aufrechnung nichts geändert werden.

§ 322 ZPO. redet freilich nur von der Entscheidung über den „Anspruch"; aber es ist nicht einzusehen, weshalb die Parteien sich nicht auch auf das Zwischenurteil über den Grund des Anspruches oder das Vorbehaltsurteil sollten berufen dürfen, wenn sie sich über die Höhe des Anspruches oder der Gegenforderung verglichen haben und es darum zu einem Endurteile nicht gekommen ist.

Inwieweit den Entscheidungen Vollstreckbarkeit zukommt, ist in der Lehre von der Zwangsvollstreckung zu erörtern.

VIII. Die Autorität des Gerichtes, wie die Rechtssicherheit fordern, daß gerichtliche Entscheidungen, auch wenn sie an einem prozessualen Mangel leiden, doch so lange bestehen bleiben, bis sie, wiederum durch gerichtliche Entscheidung, aufgehoben sind, sei es, soweit dies möglich, durch Entscheidung desselben Gerichtes, von dem sie erlassen waren, oder durch Entscheidung eines höheren, eines Rechtsmittelgerichtes. Eine von selbst eintretende Nichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung kennt das Gesetz nicht.

Selbstverständlich ist dabei nur an die Entscheidung eines legitimen staatlichen Gerichtes gedacht.

Die Aufhebung kann durch dasselbe Gericht erfolgen, soweit die Entscheidung eine widerrufliche ist; und zur Entscheidung über einen Einspruch, über eine Wiederaufnahmeklage (Nichtigkeits-, Restitutionsklage) ist dasselbe Gericht berufen, welches die angefochtene Entscheidung erlassen hat. Im übrigen kann die Aufhebung einer Entscheidung nur durch ein Rechtsmittel herbeigeführt werden, über welches stets ein höheres Gericht zu entscheiden hat.

Nicht ipso iure nichtig ist insbesondere auch ein Urteil, das an einem Formmangel leidet, das z. B. des Tatbestandes oder der Begründung entbehrt.

So findet also die Lehre von der Ungültigkeit gerichtlicher Entscheidungen ihre wesentliche Ergänzung durch die Erörterung derjenigen Rechtsbehelfe, durch welche die Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen herbeigeführt werden kann.

Auf der anderen Seite aber kann eine Entscheidung durch ein Rechtsmittel oder durch eine Nichtigkeits- oder Restitutionsklage auch aus dem Grunde angefochten werden, weil sie auf einer mangelhaften Prozeßhandlung (einer mangelhaften anderen Entscheidung, ZPO. §§ 512, 548, oder auch einer mangelhaften Parteihandlung, vgl. oben § 76 XIII) beruht. Denn jede Entscheidung ist das Produkt eines ihr zu Grunde liegenden Verfahrens und durch dieses bedingt.

§ 80.

Beratung und Abstimmung.[1])

I. Beim Einzelrichter ist die Entscheidung das Ergebnis innerer Gedankenarbeit; beim Kollegialgericht soll die Entscheidung der übereinstimmenden Ansicht aller oder doch der Mehrzahl seiner Mitglieder entsprechen, und diese übereinstimmende Ansicht herzustellen und festzustellen, bedarf es der Beratung und Abstimmung.

---

[1]) Komment. zu GVG. §§ 194 ff. Planck § 36 II B (S. 158). Schmidt § 40 II.

Die Beratung soll den Mitgliedern des Kollegiums Gelegenheit geben, ihre Überzeugung und die Gründe ihrer Überzeugung den anderen Mitgliedern darzulegen, sie zu überzeugen, oder sich von ihnen überzeugen zu lassen. Die Abstimmung soll die endgültige Überzeugung der einzelnen Mitglieder feststellen. Auf dem Ergebnis der Abstimmung beruht die Entscheidung.

II.[2]) Darüber, was den Gegenstand der Abstimmung zu bilden habe, besteht eine alte Streitfrage, die das Gesetz — als eine in praktisch direkt brauchbarer Weise durch allgemeine Regeln doch nicht zu lösende — mit Absicht nicht entschieden hat. Man streitet darüber, ob unmittelbar über die Entscheidung („über das Resultat") oder über ihre „Elemente" oder über ihre „Gründe", und inwieweit über ihre Gründe abzustimmen sei.

Da nach der Stellung, die das Gericht zum Gesetze einnimmt (GVG. § 1), die Entscheidung das Ergebnis der Anwendung des Gesetzes auf den gegebenen Tatbestand sein und als solches auch nach außen hin (in ihrer Begründung) erscheinen soll, so folgt, daß über den Beweis jeder einzelnen zum Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung geltend gemachten Tatsache und ihre rechtliche Bedeutung, soweit darüber Zweifel bestehen, gesondert abzustimmen ist. Das gilt ebenso in Hinsicht auf prozessuale wie auf materiellrechtliche Fragen. Dagegen ist nicht gesondert über die Gründe abzustimmen, die für die Überzeugung des einzelnen Richters maßgebend sind; insbesondere nicht über die Gründe der Beweiswürdigung.

Im Notfall sind in der Begründung die verschiedenen Auffassungen nebeneinander aufzuführen.

So unbillig es wäre, die Klage als unbegründet abzuweisen, wenn z. B. von drei Richtern nur einer den Anspruch für nicht begründet und nur ein anderer ihn für verjährt ansieht, so gleichgültig ist es, ob eine anspruchsbegründende Tatsache aus diesem oder aus jenem Grunde für bewiesen oder nicht bewiesen angesehen wird.

Eine andere Meinung geht dahin, daß über solche Fragen besonders abgestimmt werden könne und müsse, aber auch nur über solche, über die auch besonders durch Zwischenurteil entschieden werden könne.

Die Möglichkeit gesonderter Abstimmung über einzelne Fragen setzt jedenfalls das Gesetz (GVG. §§ 196, 197) voraus.

III. Die Zahl der zur Entscheidung berufenen Kollegialmitglieder bestimmt das Gesetz (GVG. §§ 77, 109, 124, 140). Nur in dieser Zahl dürfen Richter bei der Entscheidung und der ihr zu Grunde liegenden Verhandlung (ZPO. § 309) mitwirken, nicht mehr und nicht weniger (GVG. § 194).

Es können aber bei Verhandlungen von voraussichtlich längerer Dauer durch Anordnung des Vorsitzenden Ergänzungsrichter zugezogen werden, die, wenn einer der Richter an der weiteren Mitwirkung verhindert ist, an seine Stelle zu treten haben. GVG. § 194[2].

IV. Die Beratung und Abstimmung ist geheim. Den bei demselben Gericht zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen kann

---

[2]) v. Lang, Z. Bd. 26 S. 63 ff., mit weiteren Literaturangaben.

der Vorsitzende gestatten, zuzuhören. Andere Personen aber dürfen nicht anwesend sein, insbesondere nicht Beamte der Justizverwaltung (der Justizaufsicht), auch nicht Gerichtschreiber. GVG. § 195.

V. Geleitet wird die Beratung vom Vorsitzenden; er stellt auch die Fragen und sammelt die Stimmen.

Da aber die Art der Fragestellung den Inhalt der Entscheidung beeinflussen kann, so beschließt im Fall einer Meinungsverschiedenheit das Kollegium über den Gegenstand, die Fassung oder die Reihenfolge der Fragen. Das Kollegium entscheidet auch, wenn über das Ergebnis der Abstimmung Zweifel entstehen. GVG. § 196.

VI. An das Ergebnis einer jeden Abstimmung (nicht an ihre Gründe) sind die sämtlichen Mitglieder des Kollegiums gebunden; kein Richter darf, weil er bei der Abstimmung über eine Frage in der Minderheit geblieben, die Abstimmung über eine nachfolgende Frage verweigern, die seiner bei der früheren Abstimmung vertretenen Ansicht widerspricht. GVG. § 197.

Z. B. nicht die Abstimmung über eine Einrede, weil er die Frage nach der Entstehung des Anspruches verneint hat. Er hat das Ergebnis der vorangegangenen Abstimmung zu akzeptieren; er wird aber nicht unrecht tun, wenn er bei der nachfolgenden Abstimmung im Zweifel sich für diejenige Ansicht entscheidet, die zu dem von ihm für richtig gehaltenen Endergebnis (im obigen Beispiel zur Abweisung der Klage) führt.

VII. Für die Entscheidung ist stets die absolute Stimmenmehrheit maßgebend. GVG. § 198.

„Ein anderes bestimmt" das Gesetz für das Gebiet des Zivilprozesses nicht.

Handelt es sich darum, eine Summe festzustellen (z. B. die Höhe eines Schadens, die Angemessenheit eines Kaufpreises), und sind darüber mehr als zwei Meinungen vertreten, von denen keine die Mehrheit für sich hat, so werden, da, wer die größere Summe für richtig hält, gewiß die kleinere nicht für zu groß halten kann, die für die größte Summe abgegebenen Stimmen den für die zunächst geringere abgegebenen so lange hinzugerechnet, bis sich eine Mehrheit ergibt. GVG. § 198.

Da die Zahl der zur Entscheidung berufenen Richter durchweg eine ungerade ist, so kann sich Stimmengleichheit nicht ergeben. Bei Entscheidungen der vereinigten Zivilsenate oder des Plenums des Reichsgerichtes wird, wenn die Zahl der anwesenden Mitglieder eine gerade ist, einem von ihnen das Stimmrecht entzogen, GVG. § 139[2]. — Eine besondere Bestimmung hinsichtlich der Tatbestandsberichtigung s. ZPO. § 320[4] Satz 2.

Der Vorsitzende gibt seine Stimme stets zuletzt ab; im übrigen richtet sich die Reihenfolge der Abstimmenden nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter (analog den §§ 63[2], 65[2], 139[2] GVG.), bei den Handelsrichtern nach dem Lebensalter; und zwar stimmt der jüngste zuerst ab; ist aber (zur Erleichterung der Beratung) ein Berichterstatter ernannt (dem in Regel dann auch die Abfassung des Urteiles obliegt), so stimmt dieser zuerst ab. GVG. § 199.

§ 81.

Insbesondere die Prozeßleitung.[1])

I. Prozeßleitung ist die Gesamtheit der richterlichen Entscheidungen, welche die Stoffsammlung beeinflussen und den Gang des Verfahrens bestimmen (vgl. oben § 79 II). Die Befugnis zur Prozeßleitung, die Prozeßleitungsgewalt bildet einen wesentlichen Bestandteil der Gerichtsgewalt. Sie ist gesetzlich begrenzt; die einzelnen Prozeßleitungsbefugnisse sind vom Gesetze geregelt. Nicht aber ist sie ausschließlich durch das Gesetz bestimmt; denn vielfach hat das Gesetz dem richterlichen Ermessen Raum gegeben, so daß (innerhalb der gesetzlichen Schranken) sie sich frei nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit betätigen kann. Insofern hat man also zu unterscheiden zwischen der Rechtmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit prozeßleitender Anordnungen.

Der Unterschied ist von Bedeutung insbesondere für die Bestimmung des § 140 ZPO. (s. unten III); ferner: mit der Revision kann die Unrechtmäßigkeit, aber nicht die Unzweckmäßigkeit einer prozeßleitenden Entscheidung, die dem Urteil zu Grunde liegt, gerügt werden.

Über die Zweckmäßigkeit der Prozeßleitung lassen sich selbstverständlich Regeln nicht aufstellen; der Richter muß sich darüber jedenfalls klar sein, zu welchem Zweck ihm vom Gesetz die Befugnis zu der fraglichen Maßregel verliehen ist, und hat danach zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen durch die Maßregel dieser Zweck erreicht werden würde.

Die einzelnen Prozeßleitungsbefugnisse sind zum Teil bereits erörtert (im Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung, der Beweisaufnahme, dem Urteil, dem Prozeßbetrieb), teils sollen sie noch in anderem Zusammenhang erörtert werden. So namentlich diejenigen, die auf die Trennung verbundener, auf die Verbindung getrennt geltend gemachter Ansprüche Bezug haben; s. unten § 108.

II. In Bezug auf die Stoffsammlung äußert sich die Prozeßleitung teils in positiver Weise (z. B. die Anordnung eines Augenscheins, einer beantragten Beweisaufnahme), teils in negativer (z. B. Zurückweisung verzögerlicher Verteidigungs- oder Beweismittel). Die auf den Prozeßgang bezüglichen Anordnungen können der Fortentwicklung des Verfahrens dienen oder können sie hemmen (Aussetzung des Verfahrens).

III. Im Verfahren vor den Kollegialgerichten ist die Prozeßleitung geteilt zwischen dem Vorsitzenden und „dem Gerichte" (d. h. dem Kollegium).[2]) Dem Vorsitzenden steht derjenige Teil der Prozeßleitung zu, den man als geschäftliche, formelle Prozeßleitung bezeichnen kann; sie ist rein ausführender Art, bezieht sich nur auf die äußeren Bedingungen

---

[1]) S. oben § 79 N. 1. Über den Einfluß, den auf die Entwicklung der Prozeßleitung im römisch-kanonischen Prozeß die Clementina Saepe (cap. 2 lib. 5 tit. 11 de verborum significatione) geübt hat, s. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859) §§ 15 ff.

[2]) S. oben § 14a III.

des Fortganges des Verfahrens; darunter fällt die Bestimmung des Termins für eine mündliche Verhandlung, die auf Parteiladung oder nach Gerichtsbeschluß stattfinden soll (s. ZPO. §§ 136[3], 216[2], 261; vgl. auch 226[3], 262[2]), die Bestimmung des Termins für eine beschlossene Beweisaufnahme, die Bestellung eines beauftragten Richters (s. insbesondere ZPO. § 361), die Eröffnung und der Schluß der Verhandlung, die Erteilung des Wortes im Laufe der Verhandlung (ZPO. § 136) u. s. w. Der rein geschäftlichen pflegt man die materielle Prozeßleitung, Sachleitung gegenüberzustellen. Sie ist im Prinzip Sache des Gerichts. Von einer ganzen Reihe prozeßleitender Entscheidungen ist ausdrücklich bestimmt, daß sie vom Gerichte zu erlassen seien (s. insbesondere ZPO. §§ 141 ff.). Überhaupt ist der Vorsitzende nur zu solchen Entscheidungen befugt, die ihm vom Gesetz ausdrücklich übertragen sind. Und wenn ihm namentlich die Leitung der mündlichen Verhandlung zusteht (ZPO. § 136[1]), so können doch seine auf die Sachleitung bezüglichen Anordnungen, nicht zwar als unzweckmäßig, aber als unzulässig, von einer an der Verhandlung beteiligten Person (nicht von einem der beisitzenden Richter) beanstandet werden, und dann entscheidet das Gericht (ZPO. § 140). In Bezug auf die rein geschäftliche Prozeßleitung dagegen ist er souverän.

Das letztere gilt aber nur für Entscheidungen, die lediglich die geschäftliche Prozeßleitung betreffen, nicht für solche, die, wenn auch mittelbar, die Stoffsammlung beeinflussen. Wenn z. B. der Vorsitzende einem Beteiligten das Wort entzieht, so kann diese Anordnung sehr wohl nach ZPO. § 140 beanstandet werden; die Verhandlung kann, nach ZPO. § 136[4], der Vorsitzende erst schließen, wenn nach Ansicht des Gerichtes die Sache vollständig erörtert ist; und wenn nach ZPO. § 136[3] erforderlichenfalls der Vorsitzende den Termin zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen hat, so ist doch die Ansicht des Gerichtes maßgebend für die Frage, ob eine Fortsetzung erforderlich oder ob die Sache spruchreif (§ 300) sei. Das Gericht ist es auch, das über die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung entscheidet; ZPO. § 156. S. auch hinsichtlich der Entscheidung, durch die eine Sache als Feriensache erklärt wird, GVG. § 202[2].

Ob nicht auch die Beisitzer befugt seien, die Sachleitung des Vorsitzenden zu beanstanden, ist allerdings nicht unbestritten; aber sie sind nicht „Beteiligte"; und wären sie dazu befugt, so hätte die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden wenig Bedeutung, und er würde gut daran tun, wenigstens bei allen wichtigeren Entscheidungen sich erst der Zustimmung der Beisitzer zu versichern.

Seine besondere Bewandtnis hat es mit dem Fragerecht. Es ist ein Recht nicht des Gerichtes, sondern des einzelnen Richters. Und zwar hat in erster Linie der Vorsitzende die Befugnis und Verpflichtung, die zur Erschließung, Aufklärung, Vervollständigung des Prozeßstoffes erforderlichen Fragen zu stellen. Er hat aber auch auf Verlangen jedem Gerichtsmitglied die Stellung von Fragen zu gestatten. ZPO. § 139 (vgl. oben § 40 I).

Dabei ist das einzelne Gerichtsmitglied von dem Vorsitzenden völlig unabhängig; es kann ihm nicht auf Grund des § 136[2] ZPO. vom Vorsitzenden das Wort entzogen werden.

Wird aber eine Frage, sei es des Vorsitzenden oder eines Beisitzers, von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht. ZPO. § 140.

Diese Bestimmungen über die Prozeßleitung gelten übrigens selbstverständlich wie für die Parteiverhandlung, so auch für die Beweisaufnahme (die „Beweisverhandlung"). Auch einem Zeugen oder Sachverständigen kann der Vorsitzende (gemäß ZPO. § 136[4]) das Wort entziehen, auch eine auf die Beweisaufnahme bezügliche Anordnung des Vorsitzenden, auch eine an einen Zeugen oder Sachverständigen gestellte Frage (ZPO. §§ 396, 402) unterliegt auf Anrufen eines Beteiligten nach ZPO. § 140 der Entscheidung des Gerichtes.

So hält die Zivilprozeßordnung die Mitte zwischen dem gemeinrechtlichen Grundsatz, daß das Gericht der alleinige Träger der Sachleitung sei, und dem französischen Rechte, das dem Vorsitzenden hinsichtlich der Leitung der Verhandlung dem Gerichte gegenüber eine völlig souveräne Stellung einräumt.

Eine Übertragung der Prozeßleitungsbefugnisse des Vorsitzenden auf ein anderes Gerichtsmitglied ist im Gesetze nicht vorgesehen.

Die Unterscheidung der formellen, geschäftlichen Prozeßleitung von der Sachleitung wird in der neueren Theorie beanstandet; sie ist aber von Bedeutung auch noch in anderen Beziehungen: eine formell prozeßleitende Verfügung ergeht nie „auf Grund einer mündlichen Verhandlung" im Sinne des § 329 ZPO., bedarf also nicht notwendig der Verkündung, auch wenn sie durch eine mündliche Verhandlung veranlaßt ist; denn die mündliche Verhandlung hat rein geschäftliche Anordnungen nie zu ihrem Gegenstande; ferner: die Vorschrift, daß während der Gerichtsferien in Sachen, die nicht Feriensachen sind, Entscheidungen nicht erlassen werden (GVG. § 202), bezieht sich nicht auf rein geschäftliche Entscheidungen, wie namentlich Terminsbestimmungen; endlich: eine nur formell prozeßleitende Entscheidung ist nicht darum ungültig, weil sie von einem ausgeschlossenen oder wirksam abgelehnten Richter erlassen ist; es ist nicht wohl denkbar, daß z. B. die Terminsbestimmung auf eine Berufung und damit die Berufung selbst (insofern dazu die Ladung in einem bestimmten Termin erforderlich ist, ZPO. § 518), aus diesem Grunde unwirksam sein sollte.

§ 82.

Prozessuale Streitentscheidungen. (Fakultative mündliche Verhandlung, Zwischenstreit, Glaubhaftmachung.)

I. Das Gebot der Mündlichkeit gilt auch für die Verhandlung der Parteien über prozessuale Streitpunkte, die sich im Verlaufe des Rechtsstreites ergeben; auch sie ist „Verhandlung des Rechtsstreites" im Sinne des § 128 ZPO.

Das Gebot gilt aber nur für die Verhandlung der Parteien (nicht für die Verhandlung mit dritten Personen) und nur für die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte (insbesondere also nicht für

eine Verhandlung vor dem Vorsitzenden oder einem beauftragten oder ersuchten Richter).

1. Für nicht wenige Fälle bestimmt indes das Gesetz, daß eine (auf das Verfahren bezügliche) Entscheidung *ohne* vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne (s. z. B. ZPO. §§ 37, 102, 105, 107, 109, 126, 174, 177, 179[3], 204, 225, 227, 248, 319, 339, 406, 490, 573). Dann steht es im freien *Ermessen* des Gerichtes, ob es eine mündliche Verhandlung anordnen will oder nicht: die mündliche Verhandlung ist eine *fakultative* (nicht obligatorische).[1])

a) Wenn die mündliche Verhandlung eine fakultative ist, *könnte* das Gericht auch ohne sie, lediglich auf Grund des Aktenmaterials, entscheiden, und die mündliche Verhandlung soll nur den Beteiligten Gelegenheit geben, dieses — schon vorhandene — Material zu ergänzen, zu berichtigen, zu verdeutlichen. Das Gericht ist daher *nicht* auf das mündlich Verhandelte *beschränkt*, sondern hat das gesamte ihm zu Gebote stehende Material zu berücksichtigen; und zwar auch dann, wenn ein Teil oder wenn beide Teile nicht erschienen sind; im letzteren Falle ruht nicht das Verfahren.

Nach anderer Meinung greift, sobald einmal die mündliche Verhandlung angeordnet ist, die Regel Platz, daß nur das mündlich Vorgetragene beachtlich sei; danach würde also auch, wenn beide Teile nicht erschienen sind, das Verfahren (nach ZPO. § 251[a]) ruhen. Aber sollte das Gericht das Material, auf das es sogar ausschließlich seine Entscheidung gründen könnte, darum nicht berücksichtigen dürfen, weil es, zu seiner *besseren* Aufklärung, eine mündliche Verhandlung angeordnet hat? Und wenn es dies darf, ist es nicht auch dazu verpflichtet? Verpflichtet ist es jedenfalls da, wo eine Entscheidung von Amts wegen zu erlassen ist (so, wenn nach ZPO. § 319 offenbare Unrichtigkeiten des Urteils zu berichtigen sind, oder wenn nach ZPO. § 126 einer Partei das Armenrecht von Amts wegen entzogen werden soll). Und jedenfalls kann das Gericht seine Anordnung der mündlichen Verhandlung, auch wenn ein Teil oder wenn beide Teile nicht erschienen sind, wieder zurücknehmen.

b) Ein *Versäumnisurteil* ist schon darum nicht möglich, weil auf Grund fakultativer mündlicher Verhandlung überhaupt kein Urteil, sondern nur ein Beschluß ergehen kann.

Seine besondere Bewandtnis hat es mit der Anordnung mündlicher Verhandlung im Arrestverfahren (ZPO. § 922, vgl. §§ 936, 937[2]); hier ist die Entscheidung, die ohne mündliche Verhandlung unmittelbar auf das Arrestgesuch erfolgt, eine bloß vorläufige, sie ergeht als Beschluß, gegen den Widerspruch statthaft ist, und dieser führt auf Grund mündlicher Verhandlung zu einem Urteil über die Zulässigkeit des Arrestes; die Entscheidung aber, die über das Arrestgesuch auf Grund angeordneter mündlicher Verhandlung ergeht, ist ein Urteil; die mündliche Verhandlung soll hier selbständig die Urteilsgrundlage schaffen und es gelten für sie die allgemeinen Regeln.

c) Mit der Anordnung der mündlichen Verhandlung ist zugleich der *Verhandlungstermin* zu bestimmen und *von Amts wegen* den Beteiligten bekanntzumachen.

---

[1]) Vgl. oben § 47 N. 1; ferner besonders *Hoffmann*, Gruchot Bd. 24 S. 730 ff., *O. Fischer*, Termin und Ladung S. 27 ff.

Nach anderer Meinung tritt, nachdem die mündliche Verhandlung angeordnet ist, Parteibetrieb ein. Aber Parteibetrieb gilt nach der ZPO. nicht unumschränkt, und es ist wohl näher liegend, daß, wenn das Gericht die mündliche Verhandlung anordnet, gleich auch das zur Ausführung dieser Anordnung Notwendige geschieht, wie ja auch, wenn das Gericht die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung beschließt, gleich der Verhandlungstermin von Amts wegen anberaumt und bekanntgegeben wird.

d) Im übrigen gelten für die mündliche Verhandlung selbst die allgemeinen Grundsätze (ZPO. §§ 129 ff.).

2. Anderseits schreibt für gewisse Fälle das Gesetz eine **mündliche Verhandlung besonders** vor; es sind Fälle, die entweder darum nicht unter die allgemeine Bestimmung des § 128 ZPO. fallen, weil es sich um eine Entscheidung nicht unter den Parteien, sondern gegenüber einem **dritten** handelt (so ZPO. §§ 71, 135, 387—389, 402), oder in denen es zweifelhaft erscheint, ob die Verhandlung eine Verhandlung des **Rechtsstreites** sei (so ZPO. §§ 320, 321, 714, 716).

3. Für manche Entscheidungen, die einer vorgängigen **mündlichen Verhandlung** nicht bedürfen, ist doch vorgängiges **Gehör** der Beteiligten erfordert (so in ZPO. §§ 99^3, 102^2, 225^2); dann muß ihnen nur Gelegenheit gegeben werden, sich vor der Entscheidung — in irgendwelcher Form (auch schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtschreibers) — zu erklären.

4. Es kommt auch vor, daß eine mündliche Verhandlung zwar angeordnet werden **muß**, doch aber die Entscheidung sich auf schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegebene Erklärungen gründet; so verhält es sich mit der Entscheidung über das Recht eines Zeugen oder Sachverständigen, seine Aussage zu verweigern. S. darüber ZPO. §§ 386 bis 389; vgl. § 402.

II. **Zwischenstreit**[2]) könnte man jeden durch das Verfahren veranlaßten Streit nennen, der nicht unmittelbar die Hauptsache (den Klaganspruch oder die Tatsachen, von denen sein Bestehen abhängt) betrifft. In dem **engeren** Sinne aber, den die **Zivilprozeßordnung** mit dem Worte verbindet, bedeutet Zwischenstreit nur einen solchen im Lauf eines anhängigen Prozesses sich entwickelnden und auf das Verfahren (auf die **prozessuale** Seite desselben, nicht auf seinen Gegenstand) bezüglichen Streit, der durch ein gesondertes Zwischenurteil erledigt wird, also eine **obligatorische** mündliche Verhandlung erfordert. Das **Zwischenurteil** ist es, das den Zwischenstreit zu einem in sich abgeschlossenen Bestandteil des Verfahrens macht.

1. Der Zwischenstreit kann ein Zwischenstreit **unter den Parteien** sein oder ein Zwischenstreit mit **dritten** (mit einem Nebenintervenienten

---

[2]) **Komment.** zu ZPO. § 303. **Planck** § 76 IV A (S. 455). **Schmidt** § 95. **Wach**, Vorträge S. 117 ff. **Schollmeyer**, Der Zwischenstreit (1880). **Faull**, Über den Begriff und die prakt. Bedeutung des Zwischenstreits (1893).

über die Zulässigkeit der Nebenintervention, ZPO. § 71, mit einem Zeugen oder Sachverständigen über das Recht, die Aussage zu verweigern, ZPO. §§ 387, 402, 408, mit einem Anwalt über seine Pflicht, eine ihm vom Gegenanwalt zur Einsicht überlassene Urkunde zurückzugeben, ZPO. § 135).

In einem Zwischenstreit mit einem dritten kann eine Partei oder es können beide Parteien Gegner sein.

Ist nur eine Partei Gegner, so kann die andere dem dritten zur Seite treten. Z. B. beim Streit über das Recht der Zeugnisverweigerung kann der Gegner des Beweisführers dem Zeugen beistehen, er kann aber auch gleichfalls die Vernehmung des Zeugen verlangen. — Wird auf die Vernehmung des Zeugen verzichtet, so erledigt sich damit von selbst der Streit.

Der Zwischenstreit unter den Parteien kann auf die Stoffsammlung nach ihrer prozessualen Seite, auf die Beweisführung, Bezug haben (so: auf die Verpflichtung einer Partei zur Urkundenedition, die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung oder -zurückschiebung, die Echtheit einer Urkunde, die Beeidigung eines Zeugen, eine Beweiseinrede); er kann aber auch Prozeßakte betreffen, die für das Verfahren im ganzen bestimmend sind (er kann zum Gegenstande haben: die Statthaftigkeit einer Klage, eines Rechtsmittels, die Zulässigkeit der Rücknahme einer Klage oder eines Rechtsmittels, die Zulässigkeit einer Klagänderung, des Eintrittes eines Rechtsnachfolgers, ZPO. §§ 239, 266, eines Forderungsprätendenten oder eines mittelbaren Besitzers, ZPO. § 75, 76, an Stelle der ursprünglichen Partei). Zwischenstreitigkeiten der letzteren Art haben das Besondere, daß ihre Entscheidung gleich zu einem Endurteil führen kann, das den Rechtsstreit im ganzen oder doch für einen der Beteiligten erledigt.

Wird z. B. die Klage (wegen Mangels einer prozessualen Voraussetzung) als unstatthaft abgewiesen, oder wird die Berufung, die Revision als unzulässig verworfen, so ist damit der Prozeß zu Ende; wird entschieden, daß die Person, die als Erbe die Aufnahme des Prozesses oder gegen die in dieser ihrer Eigenschaft der Gegner die Aufnahme des Prozesses betrieben hat, zur Aufnahme des Prozesses nicht legitimiert sei, so ist damit für diese Person der Prozeß erledigt. (Vgl. unten § 98 I 1.)

Der Streit über die Aufnahme des Rechtsstreites durch den Rechtsnachfolger ist Zwischenstreit, und zwar unter den Parteien, wiewohl zu seiner Entscheidung die Prüfung der Sachlegitimation (z. B. der Erbeseigenschaft) notwendig ist; denn die Sachlegitimation bildet nicht den unmittelbaren Gegenstand der Entscheidung, und es hat in Bezug auf sie die Entscheidung keine materielle Rechtskraft.

Ob der Streit über die prozessualen Voraussetzungen der Klage (über die „prozeßhindernden Einreden") Zwischenstreit sei, ist sehr bestritten; daß die Entscheidung des Streites zur Abweisung der Klage führen kann, ist wohl kein Grund dagegen. Vgl. unten Nr. 3 und § 89 VIII.

Nicht Zwischenstreit ist der Streit über ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel; das zeigt die Nebeneinanderstellung in ZPO. § 303.

2. Es steht prinzipiell (von besonderer Vorschrift abgesehen, vgl. ZPO. § 275) im Ermessen des Gerichtes, ob es einen auf das Ver-

fahren bezüglichen Streit unter den Parteien durch Zwischenurteil entscheiden oder seine Entscheidung dem Endurteil vorbehalten will.

ZPO. § 303 (der sich aber, wie die Zusammenstellung mit den Angriffs- oder Verteidigungsmitteln zeigt, nur auf den Zwischenstreit unter den Parteien bezieht) bestimmt nur, daß die Entscheidung durch Zwischenurteil erfolgen könne.

Im letzteren Falle aber kann es sein, daß doch das Gericht sich über den Streitpunkt eine — vorläufige — Meinung bilden muß, um danach seine weiteren prozeßleitenden Anordnungen treffen zu können; dann liegt allerdings diesen eine — aber nur vorläufige — Entscheidung über den Streitpunkt zu Grunde; entschieden aber, d. h. in für das Gericht bindender Weise entschieden, wird darüber erst im Endurteil.

War z. B. die Zulässigkeit der Eideszuschiebung bestritten, und es ist durch Beschluß die Eidesleistung angeordnet, so bleibt der Eid doch unbeachtet, wenn im Endurteil die Eidesleistung für unzulässig erkannt wird. — Das Gesagte gilt insbesondere auch für den Editionszwischenstreit (ZPO. §§ 424 ff.).

Auf diese Weise löst sich auch die Kontroverse, ob ein Zwischenurteil nur durch Urteil, oder ob es auch — nach Wahl des Gerichtes — durch Beschluß entschieden werden könne.

Praktische Bedeutung gewinnt der Begriff des Zwischenstreites erst insofern, als er durch Zwischenurteil entschieden wird.

In einer Reihe von Fällen, in denen ein Zwischenstreit mit einem dritten gleich endgültig erledigt werden soll, ist das Zwischenstreitsurteil mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. S. ZPO. §§ 71, 135, 387, vgl. 402.

3. Es besteht nach der hier vertretenen Auffassung eine vollkommene Parallele mit dem Zwischenurteil über selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel; das letztere ist Vorentscheidung über einzelne materielle, das Zwischenstreitsurteil Vorentscheidung über einzelne prozessuale Streitpunkte.

Auch wenn die Verhandlung auf ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel beschränkt war, kann die Entscheidung gleich zu einem Endurteile führen — es wird z. B. eine Einrede für begründet erkannt; und wenn auch ein Zwischenurteil über ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht ergeht, so kann doch eine — vorläufige — Entscheidung darüber gleichfalls einem prozeßleitenden Beschlusse zu Grunde liegen; z. B. es ist die Erheblichkeit einer Einrede streitig, und, weil das Gericht sie für unerheblich hält, hat es in seinem Beweisbeschluß die Aufnahme angebotener Beweise nicht angeordnet.

4. Die mündliche Verhandlung des Zwischenstreites kann besonderer Vorbereitung durch Schriftsätze bedürfen. Die Fristen für ihre Zustellung s. ZPO. § 132.

In besonderer Weise ist nach ZPO. § 386 (vgl. § 402) die Verhandlung über das Recht der Zeugnisweigerung vorzubereiten.

5. Die Leistung eines Eides, der zur Erledigung eines Zwischenstreites dienen soll, ist durch Beweisbeschluß anzuordnen, und anderseits: ist Eidesbeschluß ergangen, so muß auch durch Zwischenurteil der

Zwischenstreit erledigt werden. Ein bedingtes Zwischenstreitsurteil gibt es der Regel nach nicht. ZPO. § 461[1], vgl. § 461[2].

Die Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß ist nur gerechtfertigt, wenn der Eid zu einer sofortigen bindenden Entscheidung führen soll; andernfalls hat sie durch bedingtes Endurteil zu geschehen (vorausgesetzt natürlich, daß die Entscheidung nach Lage der Sache aufgeschoben werden kann).

Hat aber der Beklagte auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder das Gericht abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden angeordnet, so muß darüber durch besonderes Urteil entschieden werden; wird dann eine prozeßhindernde Einrede für begründet erkannt, so wird die Klage durch Endurteil abgewiesen; aber auch das Zwischenurteil, das in einem solchen Falle die prozeßhindernden Einreden verwirft, ist hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel einem Endurteile gleichgestellt; daraus ist weiter zu folgern, daß hier ausnahmsweise zur Erledigung eines Zwischenstreites eine Eidesleistung durch bedingtes Zwischenurteil angeordnet werden kann. ZPO. § 275, vgl. § 504 (s. oben § 60 II und unten § 89 VIII).

Es ist aber auch, wenn die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert und nicht abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden angeordnet war, über eine einzelne prozeßhindernde Einrede ein gewöhnliches Zwischenurteil möglich. So die herrschende Meinung; s. dazu unten § 89 VIII, 4.

6. Wird ein Termin, der lediglich zur Verhandlung eines Zwischenstreites unter den Parteien bestimmt war, von einer der Parteien versäumt, so beschränkt sich das Versäumnisverfahren und das Versäumnisurteil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits: das Zwischenstreitsurteil ist hier Versäumniszwischenurteil. ZPO. § 347 (vgl. unten § 93 IX).

Insoweit die Entscheidung des Zwischenstreits die Grundlage bildet für die Fortsetzung des Verfahrens, ist diese erst möglich, wenn das Versäumniszwischenurteil rechtskräftig geworden ist.

7. Zur Entscheidung von Zwischenstreitfragen ist ein beauftragter oder ersuchter Richter nicht befugt; entsteht vor ihm ein Streit in Bezug auf die Beweisaufnahme (z. B. über das Recht der Zeugnisweigerung), dessen Erledigung für die Fortsetzung der Beweisaufnahme notwendig, ihm selbst aber nicht möglich ist, so muß er die Akten zunächst dem Prozeßgericht unterbreiten, damit dieses den Zwischenstreit entscheide. ZPO. § 366.

8. Für den Betrieb des Zwischenstreites gelten die allgemeinen Regeln (vgl. oben § 68). Insbesondere also hat, insofern es zur ersten Verhandlung eines Zwischenstreites eines besonderen Termins bedarf, die Partei, welche verhandeln will, den Gegner zu laden. ZPO. § 214.

Handelt es sich um einen Streitpunkt, dessen Erledigung für die von Amts wegen zu bewirkende Fortsetzung des Verfahrens notwendig ist, so wird auch der Termin zur vorgängigen mündlichen Verhandlung von Amts wegen bestimmt und bekanntgegeben.

Speziell bestimmt ZPO. § 366[2], daß der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht über einen Zwischenstreit, der bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter entstanden ist, von Amts wegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen sei. Vgl. auch ZPO. § 389[2].

III. Was den Beweis prozeßrechtlich wirksamer Tatsachen angeht, so sind darauf die Regeln, wie sie in Hinsicht auf den Klaganspruch entwickelt wurden, insbesondere auch die Regeln über die Beweislast, entsprechend anzuwenden. Es muß also derjenige, der eine bestimmte prozessuale Wirkung für sich geltend machen will, die Tatsache beweisen, an welche der Eintritt der Wirkung geknüpft ist; und wer behauptet, daß diese Wirkung durch irgendwelchen Umstand aufgehoben sei, hat diesen Umstand zu beweisen. (Vgl. oben § 38.)

Das gilt auch für den Zwischenstreit mit einem dritten; z. B. den Umstand, der das Recht der Zeugnisweigerung begründet, hat der Zeuge glaubhaft zu machen (ZPO. § 386), den besonderen Umstand aber, der (ZPO. § 385) dieses Recht ausschließt, der Beweisführer.

Über den Beweis der prozessualen Voraussetzungen der Klage s. besonders unten § 89 V, 2.

1.[3]) Wenn aber ein Umstand von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. oben § 76 V), so wird das gerade für den Beweis von Bedeutung.

Von Amts wegen ist beispielsweise zu prüfen: die Parteifähigkeit, die Prozeßfähigkeit, die Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und die erforderliche Ermächtigung zur Prozeßführung, ZPO. § 56, die Vollmacht, soweit nicht Anwaltszwang besteht, ZPO. § 88[2], die Zulässigkeit des Einspruchs und der Rechtsmittel, ZPO. §§ 341, 535, 566, 574, überhaupt die Einhaltung der Notfristen u. s. w. Zu vergleichen die einzelnen Lehren.

a) Das Gericht hat einen solchen Umstand nur dann als vorhanden anzusehen, wenn es davon auch wirklich überzeugt ist; es ist durch gerichtliches Geständnis nicht gebunden, und Eideszuschiebung ist ausgeschlossen; unanwendbar sind denn auch alle die Bestimmungen, nach denen eine unterbliebene oder verweigerte Erklärung einem Geständnisse gleich gilt, die Vorschrift über die Weigerung des Editionseides; wirkungslos ist auch ein Verzicht auf Leistung eines (richterlichen) Eides, auf Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen.

Vgl. ZPO. § 617, der hier entsprechend anzuwenden ist. Vgl. unten § 118.

b) Das Gericht ist auch nicht beschränkt auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel; es hat alle erheblichen Tatsachen und Beweismittel zu benutzen, die ihm amtlich bekannt sind, und so kann es denn auch von Amts wegen eine Zeugenvernehmung anordnen.

Dieses letztere ist fast allgemein bestritten. Aber warum sollte z. B. das Gericht, wenn Zweifel darüber entsteht, ob der Vormund seine Einwilligung zum Betriebe eines

---

[3]) Schmidt § 72 II 3. Birkmeyer, Z. Bd. 7 S. 155 ff., S. 375 ff. Stein, Das private Wissen des Richters § 6 S. 92 ff. (auch Gaupp-Stein, Vorbemerk. zu ZPO. Buch I Abschn. 2). Komment. zu den einzelnen zitierten Paragraphen.

Erwerbsgeschäfts, zur Eingehung eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses erteilt oder ob er sie zurückgenommen hat (BGB. §§ 112, 113), nicht auch von Amts wegen den Vormund vernehmen dürfen?

Nicht aber hat das Gericht ihm amtlich nicht bekannten Tatsachen oder Beweismitteln von Amts wegen nachzuspüren und sein privates Wissen kann es wohl zur Anregung von Zweifeln und zu Fragen an die Parteien, nicht aber unmittelbar als Beweisgrund benutzen.

Übrigens gelten die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast auch für die von Amts wegen zu prüfenden Umstände: bleibt ein solcher Umstand unbewiesen, so gereicht das derjenigen Partei zum Nachteil, die ihr prozessuales Begehren darauf gründet.

Was speziell die Prüfung der Prozeßfähigkeit angeht, so vgl. oben § 77 III.

Nach anderer Auffassung ist auch bezüglich der von Amts wegen zu prüfenden Umstände das Gericht auf die von den Parteien dargebotenen Beweismittel beschränkt; nach einer gerade entgegengesetzten Ansicht hat es auch ihm amtlich nicht bekannten Tatsachen oder Beweismitteln nachzuforschen. Die hier vertretene Ansicht hält zwischen beiden die Mitte.

c) Es ist in der mündlichen Verhandlung Pflicht des Vorsitzenden auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkt obwalten. ZPO. § 139[2].

d) Über die Prüfung der von Amts wegen zu beachtenden Umstände im Versäumnisverfahren s. unten § 93 IV 6.

2. Für gewisse das Verfahren betreffende Entscheidungen[4]) genügt anstatt des Beweises die bloße Glaubhaftmachung[5]) einer Tatsache, d. h. die Erbringung bloßer Wahrscheinlichkeit. ZPO. § 294. Eine bloß glaubhaft zu machende Tatsache darf das Gericht seiner Entscheidung zu Grunde legen, auch wenn es nicht von ihrer Wahrheit überzeugt ist; es genügt, daß es sie für wahrscheinlich hält.

Zur Angabe seiner Gründe ist es aber nicht wie beim Beweise (ZPO. § 286) verpflichtet.

a) Um eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen, kann man sich jedes Beweismittels bedienen, nur nicht der Eideszuschiebung. Auch die Auferlegung eines richterlichen Eides ist ausgeschlossen; dagegen kann das Gericht sich an einer eidesstattlichen Versicherung dessen, dem die Glaubhaftmachung obliegt, genügen lassen.

Was nicht des Beweises bedarf (gerichtlich zugestandene oder offenkundige Tatsachen), bedarf selbstverständlich auch nicht der Glaubhaftmachung. Möglich ist es auch, daß das Gericht, ohne Beweisaufnahme, schon nach den Umständen des Falles die Tatsache für wahrscheinlich halten darf.

Die Zulassung eidesstattlicher Versicherung an Stelle der Eidesleistung

---

[4]) S. ZPO. §§ 44, 71, 105, 224, 236, 274, 299, 354, 367, 386, 406, 424, 430, 435, 441, 457, 470, 487, 493, 494, 528, 529, 546, 589. Im Wechselprozeß nur ist für eine Entscheidung in der Hauptsache (zur Berücksichtigung einer Nebenforderung) eine bloße Glaubhaftmachung ausreichend. § 605[2]. Zahlreich sind auch die Fälle der Glaubhaftmachung im Vollstreckungsverfahren.

[5]) Komment. zu ZPO. § 294. Planck § 66. Schmidt § 82 V. — Vgl. auch oben § 39 V und unten § 116 II.

hat ihren Grund in dem Bestreben nach möglichster Einschränkung der Eidesleistungen. Eine Form der eidesstattlichen Versicherung ist nicht vorgeschrieben, sie kann auch schriftlich geschehen; auch ist nicht einzusehen, weshalb nicht das Gericht eine ohne vorgängige Anordnung abgegebene eidesstattliche Versicherung sollte beachten dürfen.[6]) Die Regel ist es selbstverständlich, daß sich die Partei zunächst zu der Versicherung nur erbietet und diese erst erfolgt, nachdem sie durch Beschluß des Gerichts zugelassen ist. Hat das Gericht aber einmal die eidesstattliche Versicherung zugelassen, so muß es sich auch daran genügen lassen. Ist die angeordnete eidesstattliche Versicherung unterblieben, so *kann* das Gericht nach seinem Ermessen das Gegenteil der glaubhaft zu machenden Tatsache als wahrscheinlich ansehen und darum anderweite Glaubhaftmachung ausschließen (ZPO. §§ 464, 465 sind nicht anwendbar). Ausgeschlossen ist die eidesstattliche Versicherung in den §§ 44[3], 406[3], 546[3] ZPO. Nach § 386[3] ZPO. genügt Berufung auf den Diensteid.

Was zum Beweise ausreicht, genügt selbstverständlich erst recht zur Glaubhaftmachung. Da es aber zur Glaubhaftmachung nicht der gleichen Garantien wie zum Beweise bedarf, so kann das Gericht nach seinem Ermessen von einer Zeugenbeeidigung absehen.[7]) — Für ausreichend kann auch die schriftlich abgegebene eidesstattliche Versicherung dritter Personen erachtet werden.[8])

Selbstverständlich kann der Gegner die Glaubhaftmachung durch andere Beweismittel oder durch glaubhaft gemachte Beweiseinreden zu entkräften suchen.

b) Statthaft ist zum Zwecke der Glaubhaftmachung nur eine solche Beweisaufnahme, die *sofort* erfolgen kann.

Ein Urkundenbeweis kann also nur durch Vorlegung der Urkunde (mit dem Gesuch oder in der etwaigen mündlichen Verhandlung) angetreten werden (nach ZPO. § 420, nicht nach §§ 421 ff.). Zeugenbeweis kann nur mit solchen Zeugen geführt werden, die schon zur Stelle sind.

§ 83.

Gerichtsbesetzung, Ausschließung, Ablehnung.[1])

A. Gerichtsbesetzung, Ausschließung und Ablehnung des *Richters*.

Zur Gültigkeit[2]) einer gerichtlichen Handlung, wie jedes Prozeßaktes, an dem das Gericht beteiligt ist (einer mündlichen Verhandlung, einer Beweisaufnahme), gehört, daß das Gericht vorschriftsmäßig besetzt und daß kein mitwirkender Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt sei.

I. Das Gericht ist *vorschriftsmäßig besetzt*, wenn die vorgeschriebene Zahl von ordnungsmäßig bestellten Richtern mitgewirkt hat.[3])

Das Gericht ist insbesondere also auch dann nicht vorschriftsmäßig besetzt, wenn ein Richter mitgewirkt haben sollte, der die Befähigung zum Richteramte nicht erlangt

---

[6]) Der gegenteiligen Meinung ERG. Bd. 50 Nr. 85.
[7]) ERG. Bd. 30 Nr. 115.
[8]) ERG. in Strafsachen Bd. 19 Nr. 121.
[1]) *Komment.* zu ZPO. §§ 41 ff. und Vorbemerk. zu ZPO. §§ 551 Nr. 1—3, 579 Nr. 1—3. GVG. § 156. Wach § 27. Planck § 30. Schmidt § 39 IV.
[2]) Vgl. dazu unten IV.
[3]) Vgl. oben § 80 III und unten § 100 V 1.

hat. So, mit Recht, die herrschende Meinung. Nach anderer Ansicht ist die Frage, ob die Voraussetzungen der Anstellung vorlagen, der gerichtlichen Prüfung entzogen.[4])

II. Gewisse Umstände schließen den Richter unmittelbar kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes im einzelnen Falle aus; sie sind schon von Amts wegen zu berücksichtigen; ihre Nichtberücksichtigung würde die Zuverlässigkeit und das Ansehen der Rechtspflege beeinträchtigen. Außer diesen vom Gesetz speziell bezeichneten Umständen gibt es mannigfache andere, die geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen; sie finden nur Beachtung, wenn der Richter „wegen Besorgnis der Befangenheit" abgelehnt wird.

Den ausgeschlossenen Richter bezeichnet die gemeinrechtliche Jurisprudenz als iudex inhabilis („relativ unfähigen Richter") im Unterschiede vom iudex suspectus.[5])

III. Gründe der Ausschließung (ZPO. § 41). Die Ausschließung des Richters beruht teils auf seinem materiellen Interesse am Ausgang des Prozesses, teils auf seiner Beziehung zu einer der Prozeßparteien (Familienbeziehung, Vertretungsverhältnis), teils endlich darauf, daß der Richter in dem Prozeß schon in einer Weise tätig geworden ist, die mit der Aufgabe objektiver Beurteilung nicht vereinbar erscheint.

Im einzelnen ist der Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen (ZPO. § 41):

1. wenn er selbst in dem Prozesse Partei (Hauptpartei[6]) oder Nebenintervenient) ist oder wenn er in Ansehung des streitigen Rechtsverhältnisses Mitberechtigter oder Mitverpflichteter der Partei (z. B. Gesamtgläubiger, Gesamtschuldner) oder ihr (z. B. als Verkäufer der streitigen Sache) regreßpflichtig, d. h. ihr bei ungünstigem Ausgange des Prozesses ersatzpflichtig ist;

2. in Prozessen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht (geschieden oder auf Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt ist);

3. in Prozessen einer Person, mit der er in einem der in § 41 Nr. 3 bezeichneten Familienverhältnisse steht (sie bestimmen sich des näheren nach BGB., s. EG. z. BGB. Art. 33);

4. wenn er in demselben Prozesse als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

5. wenn er in diesem Prozesse schon als Zeuge oder Sachverständiger vernommen (nicht bloß vorgeschlagen) ist;

6. wenn er in einer früheren Instanz bei der (durch Rechtsmittel) angefochtenen Entscheidung (nicht etwa bloß bei ihrer Verkündigung)[7]) oder wenn er als Schiedsrichter bei dem angefochtenen Schiedsspruche (ZPO. §§ 1041, 1042) mitgewirkt hat; doch ist er dadurch nicht verhindert, noch als beauftragter oder ersuchter Richter tätig zu werden.

Der Ausdruck „in Sachen", dessen sich § 41 bedient, ist hier (mit der herrschenden Meinung) durchweg als gleichbedeutend mit „in demselben Prozesse" verstanden.

Auf den Ausschließungsgrund kann der ausgeschlossene Richter selbst wie jedes andere Mitglied des Gerichtskollegiums aufmerksam machen

---

[4]) Planck § 29 N. 12.
[5]) Wetzell § 36.
[6]) Vgl. oben § 22.
[7]) ERG. Bd. 26 Nr. 80.

(ZPO. § 48); und es kann darauf jede der Parteien (ZPO. § 42[1 3]) ein Ablehnungsgesuch gründen.

IV. Ein Richter kann ferner von jeder der Parteien (§ 42[1 3]) wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

1. Es genügt nicht, daß die ablehnende Partei diese Besorgnis habe; sondern es muß irgendwelcher Grund vorliegen (z. B. ein mittelbares pekuniäres Interesse,[8]) eine persönliche Beziehung — freundschaftliche oder feindliche — zu einer der Parteien), der objektiv geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.

2. Auch ein solcher Ablehnungsgrund kann von dem davon betroffenen Richter selbst (nicht aber von einem anderen Richter) geltend gemacht werden („Selbstablehnung"). ZPO. § 48.

3. Eine Partei kann wegen Besorgnis der Befangenheit einen Richter nicht mehr ablehnen, bei dem sie sich bereits in eine Verhandlung eingelassen oder (in mündlicher Verhandlung) einen Antrag (wenn auch nur in Bezug auf das Verfahren) gestellt hat. Nur dann ist eine nachträgliche Ablehnung noch zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei. ZPO. §§ 43, 44[4].

Daß durch die Einreichung der Klagschrift bei Gericht zum Zwecke der Terminsbestimmung das Ablehnungsrecht nicht verloren geht, ist unzweifelhaft; ebenso ist es der Partei unschädlich, wenn sie an Stelle des ursprünglich auf die Klage anberaumten, aber aufgehobenen Termins einen anderen beantragt.[9])

V. Ablehnungsverfahren.

1. Das Ablehnungsgesuch kann schriftlich eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtschreibers erklärt werden. Es ist bei dem Gerichte anzubringen, welchem der Richter angehört.

2. Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; doch darf hier die Partei nicht zur eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern. Auf seine dienstliche Äußerung kann sich von vornherein die Partei zum Zwecke der Glaubhaftmachung beziehen. § 44.

3. Zuständig ist zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch das Kollegium (Kammer, Senat), dem der Abgelehnte angehört; wird dieses aber durch das Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig, so entscheidet das im Instanzengange zunächst höhere Gericht. Über die Ablehnung eines Amtsrichters entscheidet das Landgericht.

Beschlußunfähig ist das Kollegium so lange nicht, als ein ordnungsmäßig bestellter Vertreter (s. insbesondere ZPO. §§ 62, 65—67) vorhanden ist.

Tritt infolge des Ablehnungsgesuches ohne weiteres ein Stellvertreter ein, so ist damit das Gesuch erledigt. Einer Entscheidung bedarf es auch dann nicht, wenn der abgelehnte Amtsrichter das Gesuch für begründet erklärt. ZPO. § 45.

---

[8]) Vorausgesetzt, daß es erheblich genug ist, vgl. ERG. Bd. 7 Nr. 92.

[9]) Darüber besteht Meinungsverschiedenheit. — Nach ERG. Bd. 36 Nr. 95 verliert eine Partei jedenfalls dann nicht das Ablehnungsrecht, wenn sie gemeinsam mit dem Gegner die Vertagung beantragt.

Diese Zuständigkeitsregeln gelten auch dann, wenn ein Richter sich selbst ablehnt oder auf die Ausschließung eines Richters ein anderes Gerichtsmitglied aufmerksam macht. ZPO. § 48.

4. Über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden; wird es zurückgewiesen, so hat der Ablehnende die sofortige Beschwerde; den Beschluß aber, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, kann der Gegner nicht anfechten. ZPO. § 46.

Die Zurückweisung wird aber auch vom Gegner angefochten werden können, da auch er das Ablehnungsrecht hat; ein erneutes Ablehnungsgesuch von ihm zu fordern, hätte keinen Zweck.

5. Das Ablehnungsgesuch kann — aber nur solange ihm nicht stattgegeben ist — zurückgenommen werden.

VI. Eine Prozeßhandlung ist nichtig, bei der ein gesetzlich ausgeschlossener oder als befangen (mit Erfolg) abgelehnter Richter mitgewirkt hat. Und zwar sind in letzterem Falle nichtig die von dem Abgelehnten nach Anbringung des Gesuches vorgenommenen Handlungen:[10]) einmal geltend gemacht, wirkt der Befangenheitsgrund ebenso wie ein Ausschließungsgrund.

Bezüglich der Entscheidungen gilt aber auch hier das oben[11]) im allgemeinen Bemerkte: sie sind nicht ohne weiteres nichtig, sondern gelten, bis sie aufgehoben werden.

Eine Entscheidung, bei der ein ausgeschlossener oder als befangen mit Erfolg abgelehnter Richter mitgewirkt hat, beruht auf einer Gesetzesverletzung, die stets einen Revisionsgrund abgibt, ZPO. § 551 Nr. 2 u. 3; und es kann aus gleichem Grunde ein bereits rechtskräftig gewordenes Urteil noch mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, ZPO. § 579 Nr. 2 u. 3; doch ist ein Ausschließungsgrund nicht mehr beachtlich, wenn er schon durch ein Ablehnungsgesuch geltend gemacht und dieses verworfen worden war; zur Begründung einer Nichtigkeitsklage ist er auch dann nicht mehr geeignet, wenn er schon erfolglos mit einem Rechtsmittel geltend gemacht ist.

Nach anderer Auffassung behalten auch alle übrigen Prozeßhandlungen, bei denen ein ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Richter mitgewirkt hat, ihre Geltung so lange, bis sie auf ein Rechtsmittel oder eine Nichtigkeitsklage hin ausdrücklich aufgehoben worden sind.[12]) Aber wenn auch nach ZPO. § 564, im Falle der Aufhebung des Urteils, ausdrücklich ausgesprochen werden muß, inwieweit das Verfahren durch den Anfechtungsgrund betroffen und darum durch ein neues zu ersetzen ist, so ist doch anderseits nicht einzusehen, warum nicht ohne weiteres das Gericht, insoweit es nicht durch eine Entscheidung gebunden ist, gleich selbst die ungültigen Prozeßakte durch gültige sollte ersetzen dürfen.

Der Richter, gegen den ein Ablehnungsgesuch angebracht ist, soll sich denn auch, bis es erledigt ist, weiterer Prozeßhandlungen enthalten, ausgenommen nur solche, die keinen Aufschub gestatten. ZPO. § 47.

Erweist sich das Ablehnungsgesuch als begründet, so sind allerdings auch diese letzteren ungültig.

---

[10]) Nach anderer Meinung erst die nach der stattgebenden Entscheidung vorgenommenen.

[11]) § 79 VIII. Vgl. ferner das oben am Schlusse des § 81 Bemerkte.

[12]) Gaupp-Stein zu ZPO. § 41 I 3.

Nichtig ist auch ein Prozeßakt, bei dem ein Gericht mitgewirkt hat, das nicht vorschriftsmäßig besetzt war.

Und wenn bei einer Entscheidung das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, so bildet das gleichfalls einen absoluten Revisionsgrund wie auch einen Grund zur Nichtigkeitsklage. ZPO. §§ 551 Nr. 1, 579 Nr. 1.

B. Die Bestimmungen über Ausschließung und Ablehnung des Richters gelten entsprechend auch für den Gerichtschreiber; denn seine Beurkundungen und Entscheidungen fordern gleichfalls die vollste Unbefangenheit. Insbesondere wird er durch die in ZPO. § 41 Nr. 1 bis 5 aufgeführten Gründe von der Ausübung seines Amtes unmittelbar kraft Gesetzes ausgeschlossen. Zur Entscheidung zuständig ist das Gericht, dem der Gerichtschreiber angehört. ZPO. § 49.

ZPO. § 41 Nr. 6 ist auf den Gerichtschreiber unanwendbar. Ein Prozeßakt, bei dem ein gesetzlich ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Gerichtschreiber mitgewirkt hat, ist nichtig; ein absoluter Revisionsgrund ist aber seine Mitwirkung nicht und ebensowenig begründet sie die Nichtigkeitsklage. Es ist auch kein Mangel „vorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichtes" im Sinne der §§ 551, 1, 579, 1, wenn die vorgeschriebene Mitwirkung eines Gerichtschreibers unterblieben ist.

C. Der Gerichtsvollzieher wird gleichfalls durch bestimmte Gründe von der Ausübung seines Amts kraft Gesetzes ausgeschlossen. Sie entsprechen genau den in ZPO. § 41 unter Nr. 1—3 aufgeführten Gründen der Ausschließung des Richters. S. GVG. § 156 I.

Die Prozeßhandlung, bei der ein ausgeschlossener Gerichtsvollzieher mitgewirkt hat, ist nichtig.

Über die — nicht unbestrittene — Frage, ob die durch einen ausgeschlossenen Gerichtsvollzieher vollzogene Zustellung nach ZPO. § 295[1] wirksam werden könne, s. unten § 84 II 7.

§ 84.

Erläßliche und unerläßliche Prozeßerfordernisse.[1])

I. Die Voraussetzungen der Gültigkeit prozessualer Handlungen (in Bezug auf Form, Zeit u. s. w.) sind teils unerläßliche, teils sind sie erläßliche, d. h. solche, deren Mangel dadurch geheilt werden kann, daß die Parteien die mangelhafte Prozeßhandlung gelten lassen, indem sie entweder 1. dieselbe (ausdrücklich oder stillschweigend) genehmigen oder 2. die Rüge des Mangels versäumen. Oder, wie (nach der Ausdrucksweise des § 295 ZPO.) man auch sagen kann: es gibt auf das Verfahren, insbesondere die Form von Prozeßhandlungen bezügliche Vorschriften, auf deren Befolgung die Partei „verzichten", und solche, auf deren Befolgung

[1]) Komment. zu ZPO. § 295. Planck § 56 (S. 287 ff.). Schmidt § 149. Wach, Vorträge S. 258 ff. O. Bülow, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 64 S. 1 ff. Heilbut, daselbst Bd. 69 S. 331 ff. Goldenring, Z. Bd. 9 S. 84 ff. Nessel, Gruchot Bd. 30 S. 69 ff. Pfizer, daselbst Bd. 31 S. 10 ff.

sie wirksam nicht verzichten kann. Es gibt zwingende und es gibt nachgiebige Prozeßnormen.

Das hängt damit zusammen, daß im Prozesse die staatliche Gerichtsbarkeit zur Ausübung gelangt, anderseits aber der Zivilprozeß dem Schutze privater Interessen dient, daher auf seine Gestaltung dem Privatwillen Einfluß gewährt werden kann, ja gewährt werden muß.

II. Für diese Unterscheidung kommt es im allgemeinen darauf an, ob eine Vorschrift nur das Parteiinteresse im Auge hat oder ob an ihrer Befolgung ein staatliches Interesse besteht, insbesondere das Interesse, welches der Staat daran hat, daß die Rechtspflege ihrer Aufgabe genüge.

Insbesondere wurzeln in diesem Interesse die Vorschriften, welche auf die Urteilsaufgabe des Gerichtes Bezug haben, eine erschöpfende und sachgemäße Prüfung und Beurteilung des Prozeßstoffes garantieren sollen. Ein öffentliches Interesse besteht auch (was man bestritten hat) an der Beobachtung der Vorschriften über die Prozeßfähigkeit und die gesetzliche Vertretung; es ist dasselbe Interesse, aus dem auch die staatliche Obervormundschaft entspringt: das Interesse am Schutze nicht voll geschäftsfähiger, darum hilfsbedürftiger Personen.

Welche Voraussetzungen aber im einzelnen unerläßliche, welche erläßliche seien, hat das Gesetz selbst nicht ausdrücklich bestimmt; es hat vielmehr absichtlich diese Frage der Jurisprudenz überlassen; aber es bietet für deren Entscheidung eine Reihe von Anhaltspunkten. Es sei folgendes hervorgehoben.[2])

1. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß die Erfordernisse gewisser Prozeßhandlungen von Amts wegen zu prüfen seien, so ist die Berücksichtigung ihres Mangels vom Parteiwillen unabhängig, sie sind daher unerläßlich.

Das gilt insbesondere auch von denjenigen Rechtsbehelfen, die zur Anfechtung von Entscheidungen dienen (vom Einspruch, von den Rechtsmitteln: Berufung, Revision, Beschwerde, von den Wiederaufnahmeklagen: Nichtigkeits- und Restitutionsklage, ZPO. §§ 341, 535, 566, 574, 589).

Sofern eine Prozeßvorschrift dem Parteiwillen ausdrücklich Wirksamkeit versagt, erklärt sie sich eben damit zu einer zwingenden; so verhält es sich mit den Bestimmungen über „ausschließliche Zuständigkeit" ZPO. § 40[2] (vgl. oben § 31), über Notfristen (vgl. oben § 70 III 5).

Zwingend sind die Vorschriften über Besetzung des Gerichtes, über Ausschließung der Richter. Vgl. oben § 83.

Mündlichkeit und Unmittelbarkeit,[3]) Öffentlichkeit des Verfahrens gelten dem Gesetz als Garantien gerechter und sachgemäßer Rechtspflege und sind darum unverzichtbar; auch der Anwaltszwang ist nicht lediglich im Parteiinteresse aufgestellt, sondern als die unerläßliche Voraussetzung, unter der allein — nach der Ansicht des Gesetzes — das mündliche Verfahren seinem Zwecke zu entsprechen vermag.

---

[2]) Zu vergleichen die Komment. zu den einzelnen angeführten Bestimmungen.
[3]) ERG. Bd. 14 Nr. 107 (S. 382), Bd. 17 Nr. 85 (S. 348).

2. Anderseits: sofern eine Prozeßvorschrift einen Verzicht zuläßt oder dem abweichenden Parteiwillen Wirksamkeit zugesteht, ist sie eben darum eine nachgiebige; so ist es mit den Bestimmungen über die Zuständigkeit, soweit Prorogation möglich (ZPO. §§ 38 ff., vgl. oben § 38), mit den Bestimmungen über die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen (ZPO. §§ 391, 410);[4]) kann eine Frist durch Parteivereinbarung verlängert werden, so ist auch die Fristversäumnis heilbar.[5])

Nach ZPO. § 450 können zufolge der Einigung der Parteien die Beschränkungen der ZPO. §§ 445, 448, 449 in Wegfall kommen, sofern nur der Eid sich auf Tatsachen bezieht. Insoweit ist also auch Heilung eines Verstoßes gegen diese beschränkenden Bestimmungen möglich.

Da die Parteien nach Belieben auf vorgebrachte Beweismittel verzichten können, so ist es ein heilbarer Verstoß, wenn einer Zeugnisweigerung oder der Weigerung eines Gutachtens zu Unrecht stattgegeben ist.

Soll der Verstoß gegen eine Prozeßvorschrift nur die Unwirksamkeit einer Prozeßhandlung gegenüber dem Gegner zur Folge haben, so wird die mangelhafte Prozeßhandlung wirksam, wenn der Gegner sie gelten läßt.

So ist es mit einer während der Unterbrechung oder Aussetzung vorgenommenen Prozeßhandlung (ZPO. § 249[2]).[6])

Heilbar ist auch ein Mangel der Ladung einer Partei, da es nur für die geladene Partei nachteilige Folgen hat, wenn sie der Ladung nicht Folge leistet.

3. Die Zustellung ist keine selbständige Prozeßhandlung, sondern nur die Form, in welcher sich Prozeßhandlungen (Mitteilung prozessualer Erklärungen) vollziehen; ob Mängel der Zustellung heilbar seien, bestimmt sich also nach der Natur des Prozeßaktes, der sich durch die Zustellung vollziehen soll. Unheilbar sind also insbesondere die Mängel solcher Zustellungen, die auf eine Notfrist Bezug haben, sei es nun daß durch die Zustellung die Notfrist in Lauf gesetzt oder gewahrt werden soll.[7]) Sind aber die Mängel des Prozeßaktes heilbar, so kommt es weiter nicht darauf an, worin der Mangel der Zustellung besteht; heilbar ist folglich auch eine Zustellung, die von einem gesetzlich ausgeschlossenen Gerichtsvollzieher vorgenommen ist.[8])

III. Ein heilbarer Mangel des Verfahrens kann nun, wie schon (unter I) angedeutet, auf zweierlei Weise geheilt werden:

---

[4]) ERG. Bd. 9 Nr. 110, Bd. 17 Nr. 95.

[5]) ERG. Bd. 37 Nr. 106.

[6]) ERG. Bd. 10 Nr. 19, Bd. 14 Nr. 92, Bd. 51 Nr. 21. Heilbar sind auch Mängel des Aufnahmeaktes, ERG. Bd. 52 Nr. 90.

[7]) So auch besonders ERG. Bd. 7 Nr. 115, Bd. 9 Nr. 118, Bd. 10 Nr. 110, Bd. 15 Nr. 89. Nach einer abweichenden Auffassung sind Zustellungsmängel schlechthin heilbar. So namentlich Seuffert zu ZPO. § 170 N. 1b. Goldenring, Z. Bd. 9 S. 84 ff. Fitting, Z. Bd. 11 S. 24 f.

[8]) Das wird fast allgemein angenommen. Komment. zu GVG. § 156.

1) dadurch, daß die Partei auf die Rüge des Mangels „verzichtet", sei es in mündlicher Verhandlung sei es schriftlich, daß sie, mit anderen Worten, die mangelhafte Prozeßhandlung genehmigt;

2) dadurch, daß sie die Rüge versäumt.

1. Die Rüge ist versäumt, wenn sie in der nächsten mündlichen Verhandlung, die auf dem mangelhaften Prozeßakt beruht oder in der auf ihn Bezug genommen ist, von der erschienenen Partei,[9]) vorsätzlicher- oder fahrlässigerweise, nicht vorgebracht ist. ZPO. § 295[1].

Die Voraussetzungen, unter denen die Rüge verloren geht, sind hienach im einzelnen folgende:

a) Eine mündliche Verhandlung, die entweder α) auf dem mangelhaften Prozeßakte, z. B. der mangelhaften Ladung beruht; oder in der β) auf den mangelhaften Prozeßakt, z. B. die mangelhafte Beweisaufnahme[10]) Bezug genommen ist;

b) in dieser mündlichen Verhandlung ist die Partei erschienen, hat aber bis zum Schlusse derselben den Mangel nicht gerügt (sie kann ihn noch bis zum Schlusse der Verhandlung rügen — auch wenn sie bereits zur Hauptsache verhandelt hat);

c) sie hat den Mangel entweder α) gekannt; oder sie hätte β) ihn kennen müssen, ihre Unkenntnis beruht auf Fahrlässigkeit. (Der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis der Partei steht die ihres Vertreters gleich; s. unten § 85 IX.)

2. Unter diesen Voraussetzungen wird das Interesse, das die Partei noch an der Rüge des Mangels haben könnte, überwogen durch das Interesse an dem ungestörten Fortgange des Verfahrens; durch den Fortgang des Verfahrens wird der Mangel geheilt. Nicht handelt es sich um einen Verzicht (eine Auffassung, die der Wortlaut des Gesetzes nahelegt); denn die Rüge ist kein Recht, sondern Ausfluß der Handlungsbefugnis der Partei. Auch ist, bei fahrlässiger Unkenntnis, die Annahme eines (stillschweigenden) Verzichtes unmöglich. Die Rüge kann auch nicht mit der zivilrechtlichen Anfechtung verglichen werden; schon darum nicht, weil, wenn die Partei nicht in der endlichen Verhandlung erschienen ist, die mangelhafte Prozeßhandlung unwirksam bleibt, wiewohl ja auch in diesem Fall eine Rüge nicht erfolgt ist.

Eher noch ließen sich die zivilrechtlichen Bestimmungen zur Vergleichung heranziehen, nach welchen die mangelhafte Geschäftsform durch Erfüllung geheilt wird, BGB. §§ 313, 518[2], 766.

3. Die erhobene Rüge kann zurückgenommen, die einmal ausgeschlossene Rüge dagegen kann nicht mehr nachgeholt werden, auch nicht, wenn die Parteien darüber einverstanden wären. Auch durch ein Rechtsmittel (Berufung, Revision) kann der einmal geheilte Mangel nicht mehr geltend gemacht werden. ZPO. §§ 530, 558. Es wird also, mittelbar, durch die Vorschrift des § 295 auch die Anfechtbarkeit des Urteiles beschränkt.

---

[9]) ERG. Bd. 47 Nr. 100. Die Rüge ist verloren, auch wenn nicht verhandelt, sondern vertagt worden ist; ERG. Bd. 44 Nr. 85.

[10]) ERG. Bd. 14 Nr. 108. Vgl. auch Bd. 2 Nr. 100 (S. 374: mangelhafte Eidesleistung).

Auf der anderen Seite: ist die Rüge einmal rechtzeitig erhoben, so ist sie für den ganzen Prozeß wirksam; sie braucht nicht etwa in späteren Verhandlungen wiederholt zu werden.[11])

4. Es kann sein, daß die eine Partei den Mangel nicht mehr rügen kann, wohl aber noch die andere (z. B. nur die eine Partei hat den Mangel gekannt oder war erschienen). Selbstverständlich ist, daß der (heilbare) Mangel einer Parteihandlung nicht von derjenigen Partei gerügt werden kann, welche die Handlung vorgenommen hat. Völlig geheilt ist der Mangel erst dann, wenn keine Partei ihn mehr rügen kann.

5. Ist der Mangel geheilt, so bestimmen sich die Wirkungen der Handlung so, als wäre sie von Anfang an gültig gewesen. Der Ausschluß der Rüge hat, ebenso wie die Genehmigung, rückwirkende Kraft.[12])

Besonderer Art ist die Bestimmung des § 187 ZPO. (vgl. oben S. 277). Die — unter Verletzung der Vorschriften der §§ 181—186 (über die Ersatzzustellung) — zugestellte Ladung gilt danach als mit dem Zeitpunkte bewirkt, in welchem sie, nach der eigenen Erklärung der Partei, in deren Besitz gelangt ist. Es kommt also auf das Zugeständnis der Partei an, die Ladung erhalten zu haben, und nicht auf ihren Willen, die mangelhafte Zustellung gelten zu lassen.

6. Nur der schon begangene Verstoß kann, wie durch den Fortgang des Verfahrens, so auch durch ausdrückliche Genehmigung, geheilt, nicht aber kann im voraus auf die Beobachtung prozessualer Vorschriften verzichtet werden.

Das letztere wird von manchen angenommen.[13]) Damit wäre (wenn auch nur in gewissen Grenzen) ein Konventionalprozeß zugelassen. Das Gesetz denkt aber nur an die Heilung von Mängeln des Verfahrens. Wenn das Gesetz, im Interesse des ungestörten Fortganges des Verfahrens, Nachsicht übt gegen die einmal begangene Verletzung gewisser Prozeßnormen, so folgt daraus nicht, daß diese Normen von vornherein durch Parteiwillen ausgeschlossen werden dürften; sie haben darum keineswegs nur subsidiäre Geltung, sind nicht „dispositive Normen", in dem Sinne, wie etwa der größte Teil der zivilrechtlichen Normen, die sich auf die Schuldverhältnisse beziehen.

IV. Über das Anwendungsgebiet des § 295 ZPO. ist noch folgendes zu bemerken. Die Bestimmung bezieht sich nur auf „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift". Sie bezieht sich nicht auf den Inhalt der Prozeßhandlungen, nicht auf Entscheidungen, welche — unmittelbar oder mittelbar — die Sache selbst betreffen, also auch nicht auf Entscheidungen über die Erheblichkeit oder Zulässigkeit von Angriffs-, Verteidigungs-, Beweismitteln. Sie bezieht sich ferner auch nicht auf die Klagbarkeitsvoraussetzungen,

---

[11]) ERG. Bd. 33 Nr. 95.

[12]) Das gilt aber nur für das Gebiet des Prozeßrechts. Insbesondere verliert die Verjährung des Anspruchs, die durch die mangelhafte Klage nicht unterbrochen war, durch die Heilung des Mangels nicht ihre Wirkung. ERG. Bd. 14 Nr. 95, Bd. 45 Nr. 116.

[13]) S. z. B. Fitting, Z. Bd. 11 S. 42.

wie die Voraussetzungen einer Feststellungsklage oder einer Klage auf Verurteilung zu künftiger Leistung (ZPO. §§ 256 ff.).

Anders natürlich mit der Form der Klage;[14]) anders auch mit den Voraussetzungen einer Widerklage;[15]) denn sie bedingen nur die Zuständigkeit und die Form der Klage; sie sind erläßlich; dem Interesse der Rechtspflege ist durch die Trennungsbefugnis des Gerichtes Rechnung getragen, ZPO. § 145.

Die Bestimmung des § 295 ist endlich auch nicht auf solche prozessuale Bestimmungen anwendbar, die zugleich auf die Geltendmachung des Anspruches Bezug haben; nicht bloß von prozessualer Bedeutung ist die Frage, wer Partei oder parteifähig, wer prozeßfähig, wer gesetzlicher Vertreter, wer Bevollmächtigter sei, ob jemand als Erbe oder sonstiger Rechtsnachfolger berechtigt sei, in die Parteistellung einzutreten; denn die Stellung als Partei oder Parteivertreter schließt auch die Möglichkeit ein, auf das streitige Rechtsverhältnis einzuwirken.

Übrigens würde auch der § 295, wenn er an sich anwendbar wäre, durch die einschlägigen speziellen Bestimmungen ausgeschlossen. — Der Mangel der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung, der Vollmacht kann durch nachfolgende Genehmigung geheilt werden; ZPO. §§ 56, 89. Vgl. oben §§ 77 II, 78 IV.

Der § 295 findet Anwendung, ohne Unterschied, ob es sich um die Form eines Prozeßaktes handelt oder um Zeit und Ort oder irgend ein anderes Erfordernis; auch bezieht er sich nicht bloß auf Parteihandlungen, sondern auch auf richterliche Akte, auf Akte der Prozeßleitung (z. B. es ist Eidesbeschluß erlassen statt eines Eidesurteils).[16])

Hinsichtlich der sogen. Prozeßvoraussetzungen vgl. unten § 89 VI.

V. Historisch knüpft der § 295 an den Art. 173 des Code de procédure civile, der seinerseits auf einer Bestimmung der Ordonnanz von 1667 (tit. V art. 5) beruht.

Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence. Der § 295 erweitert einerseits diese Bestimmung, indem er sie auf alle prozessualen Akte (nicht bloß Prozeßhandlungen der Parteien) anwendet und mildert sie anderseits, indem er die Prozeßrüge nicht vor jeder anderen Verteidigung fordert, sondern sie noch bis zum Schluß der nächsten mündlichen Verhandlung zuläßt.

§ 85.

Parteipflichten. Versäumnis.[1])

I. Die einseitigen Parteihandlungen erscheinen als Ausflüsse prozessualer Befugnisse, insofern ihnen, im Interesse des Handelnden, prozessuale

[14]) Daß die Mängel der Klagform heilbar sind, wird fast allgemein angenommen. Vgl. ERG. Bd. 49 Nr. 93, wo weitere Nachweisungen.

[15]) ERG. Bd. 46 Nr. 127.

[16]) ERG. Bd. 3 Nr. 101.

[1]) Komment. hauptsächlich zu ZPO. § 138, §§ 230 ff., 330 ff. (und Vorbemerk.). Planck § 56 Nr. 2 (auch § 88 I 1, § 136 B). Schmidt § 54 III. Degenkolb,

Wirkungen zukommen. Inwieweit aber eine Verpflichtung der Parteien zu prozessualem Handeln bestehe, ist zweifelhaft und bestritten; es ist herkömmlich, die Frage unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Versäumnis zu betrachten.

Sofern nämlich der Fortgang des Verfahrens durch Prozeßhandlungen der Parteien bedingt ist, kann ihre Vornahme nicht rein der Willkür der Parteien überlassen bleiben, weil sonst jede Partei die Erledigung des Rechtsstreites beliebig verzögern, ja unmöglich machen könnte. Es müssen vielmehr Zwangsfolgen vorgesehen werden für den Fall, daß eine Parteihandlung nicht rechtzeitig vorgenommen wird, „rechtzeitig", d. h. zu der Zeit, die sich durch den ordnungsmäßigen Verlauf des Verfahrens von selbst bestimmt oder die in Gestalt eines Termins oder einer Frist, durch Gesetz oder richterliche Anordnung, für sie vorgeschrieben ist.

Eine Handlung, die nicht rechtzeitig vorgenommen ist, bezeichnet man als „versäumt"; die Rechtsfolgen, welche sich mit der Versäumung verknüpfen, bezeichnet man als Versäumnisfolgen; man bezeichnet sie als „Rechtsnachteile", insofern durch sie eine Partei in eine ungünstigere prozessuale Lage gerät.

Als „versäumt" bezeichnet man aber auch die für die Handlung festgesetzte Zeit (die Frist oder den Termin).

Unter den Fällen der Versäumung ist besonders bedeutsam die Versäumung solcher Prozeßhandlungen, welche dazu dienen sollen, ein kontradiktorisches Urteil vorzubereiten; also die Versäumung von tatsächlichen Erklärungen, von Beweisführungen. Und da wieder ist besonders ausgezeichnet der Fall, daß eine Partei Handlungen dieser Art überhaupt nicht vornimmt, daß sie — nicht bloß unvollständig, sondern — überhaupt nicht verhandelt. Diesen letzteren Fall bezeichnet man als „totale Versäumnis" und faßt nun alle anderen Fälle der Versäumung (die Versäumung einzelner Prozeßhandlungen) unter der Bezeichnung „partieller Versäumnis" zusammen.

Dies die Einteilung der Versäumnisfälle.

II. Die Versäumnisfolgen teilt man ein in allgemeine, d. h. solche, die eine jede Versäumung nach sich zieht, und in besondere, die nur mit der Versäumung bestimmter Prozeßhandlungen verknüpft sind.

Die besonderen Versäumnisfolgen sind je nach der Natur der versäumten Prozeßhandlung verschieden.

1. Die Versäumnis einer Prozeßhandlung hat allgemein die Folge

---

Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877). Bülow, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 1 ff., Bd. 88 S. 345 ff., Geständnisrecht S. 40. Wach, Grünhut Bd. 6 S. 515 ff., S. 592 ff., Bd. 7 S. 154 ff. Plosz, Beiträge zur Theorie des Klagrechts (1880). Kohler, Ges. Beiträge S. 50 ff.; Prozeß als Rechtsverhältnis S. 38 ff. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung (1883) S. 12 f. Klein, Die schuldhafte Parteihandlung (1885) (bes. S. 41 ff.). Weitere Literaturnachweise bes. bei Seuffert (Nr. 1) und Petersen-Anger (Note 1) zu ZPO. § 138.

(ZPO. § 230): „daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird".

Damit schließt sich das Gesetz, im wesentlichen, an die gemeinrechtliche Lehre[2]) an, nach welcher die contumacia einer Partei, ihr Ungehorsam gegen eine zwingende, eine sogen. peremtorische, richterliche Anordnung allgemein die Folge hat, daß auf Antrag des Gegners (die sogen. accusatio contumaciae) die ungehorsame Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung „präkludiert" wird; das ist die sogen. „poena praeclusi".

Peremtorisch hieß eine richterliche Auflage, mit der die Androhung eines Rechtsnachteiles verbunden war, im Gegensatze zu einer bloß dilatorischen, die der peremtorischen vorauszugehen pflegte und deren Nichtbefolgung zunächst unschädlich war.

Mit anderen Worten: eine nicht rechtzeitig vorgenommene Prozeßhandlung können die Parteien nicht beliebig nachholen; die Handlungsbefugnis der Parteien ist zeitlich begrenzt; die nicht rechtzeitig vorgenommene Parteihandlung ist unwirksam.

Ob die Präklusion unter die eigentlichen „Strafen des Ungehorsams" falle, ist denn auch schon in der gemeinrechtlichen Doktrin bezweifelt worden.

Durchaus nicht alle für die Vornahme einer Handlung gesetzten Fristen haben aber die Bedeutung von Ausschlußfristen.

a) Handlungen, die nur Pflichterfüllung sind, können nicht ausgeschlossen werden (vgl. unten XII). ZPO. § 135[2]: „Gibt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück" — die Frist ist reine Erfüllungsfrist. Ebenso ZPO. § 134[2]: „Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen"; d. h. während dieser Zeit ist sie ihm zu gewähren. S. auch ZPO. § 840: die Folge der Versäumung ist hier Schadensersatzpflicht.

b) In manchen Fällen hat die Frist nur die Bedeutung, daß mit ihrem Ablauf das Verfahren ohne Rücksicht auf die vorzunehmende Handlung fortgesetzt werden kann, darum aber doch die Handlung selbst keineswegs ausgeschlossen ist.

Wenn binnen der nach ZPO. § 151[1] gesetzten Frist die Nichtigkeitsklage nicht erhoben ist, so ist die Aufnahme des ausgesetzten Verfahrens zulässig. Ist innerhalb der nach § 244[2] bestimmten Frist die Bestellung eines neuen Anwalts nicht angezeigt, so gilt das Verfahren als aufgenommen.

Auch die nach ZPO. §§ 56[2], 89[1] gesetzten Fristen haben nur die Bedeutung, daß vor deren Ablauf das Endurteil nicht erlassen werden darf. (Möglich wäre allerdings auch die Auffassung — aber es ist nicht die natürliche — daß in diesen Fällen die Beseitigung des Mangels doch ausgeschlossen wird, nur eben nicht sofort mit Ablauf der Frist, sondern erst mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht.)

2. Eine allgemeine Versäumungsfolge ist ferner die, daß die säumige Partei auf jeden Fall — auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt — die durch die Versäumung verursachten Kosten zu tragen hat.

ZPO. § 95 bestimmt dies allgemein für die Versäumung eines Termins oder einer Frist. (Und auch dies entspricht der gemeinrechtlichen Lehre.) Der gleiche Gedanke liegt den Bestimmungen der §§ 278[2], 283[2], 344 zu Grunde.

III. Die allgemeine Folge des Ausschlusses ist aber nicht für alle Fälle ausreichend. Sie ist es nur, wenn die Erledigung des Rechtsstreites nicht von der versäumten Prozeßhandlung abhängig ist.

[2]) Wetzell § 49 N. 97 ff.

Der Prozeß kann z. B. erledigt werden, auch ohne daß ein Beweis für eine bestrittene Behauptung angetreten wird; und das Urteil wird gerade dadurch rechtskräftig, daß ein Rechtsmittel *nicht* dagegen eingelegt wird.

Wenn aber für die Bildung der Urteilsgrundlage eine Parteihandlung „*notwendig*" ist, in *dem* Sinne, daß, wenn sie unterbleibt, es eines *Ersatzes* für sie bedarf, dann ist noch eine besondere Versäumnisfolge erforderlich, die derart bestimmt sein muß, daß die fehlende Parteihandlung entbehrlich wird.

So ist für die Bildung der *kontradiktorischen* Urteilsgrundlage die einseitige Parteibehauptung nicht ausreichend, und anderseits wird ihr Beweis nur gefordert, wenn sie bestritten ist; es bedarf also einer besonderen Bestimmung, wie es zu halten sei, wenn eine tatsächliche Parteibehauptung vom Gegner weder bestritten noch zugestanden ist.

Die gemeinrechtliche Doktrin[2]) teilte bereits unter gleichem Gesichtspunkt die Parteihandlungen in willkürliche und notwendige; die Einteilung ist richtig, wenn man nur den Begriff der notwendigen Parteihandlungen in dem bezeichneten Sinne faßt. In einem anderen Sinne kann man, selbstverständlich, sagen, eine Handlung sei gerade *nicht* notwendig, sofern sie durch die Versäumnisfolge *entbehrlich* gemacht werde; aber es gibt doch eben notwendige Parteihandlungen *in dem Sinne*, daß es, wenn sie fehlen, eines Ersatzes für sie bedarf, während andere Handlungen fehlen dürfen, ohne daß ein Ersatz für sie notwendig ist.

„*Notwendig*" bedeutet also hier soviel wie „*ersatzbedürftig*".

Besondere Versäumnisfolgen sind beispielsweise: die Annahme (Fiktion) eines Zugeständnisses ZPO. § 138 (im vorbereitenden schriftlichen Verfahren ZPO. § 351[3]), speziell Zugeständnis der Rechtsnachfolge ZPO. § 239[4], der Echtheit einer Urkunde ZPO. § 439 vgl. § 427, die Fiktion der Eidesverweigerung ZPO. §§ 452, 464, 465.

Über die Folgen der *totalen* Versäumnis (Versäumnisverfahren) s. unten (§ 93) das Nähere; bei Versäumnis des Beklagten: Fiktion des Zugeständnisses, ZPO. § 331; bei Versäumnis des Klägers: Abweisung der Klage; also Annahme, daß der Klaganspruch unbegründet sei (vielfach redet man hier auch von einer Fiktion des Verzichtes); die analoge Folge bei Versäumnis des Berufungsklägers (ZPO. § 542[1]) wie des Revisionsklägers (Zurückweisung des Rechtsmittels); bei Versäumnis des Berufungsbeklagten noch die besondere Fiktion, daß eine zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe: ZPO. § 542[2].

Nur um einen Ausschluß handelt es sich in ZPO. § 85: Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen des Bevollmächtigten kann die Partei widerrufen oder berichtigen, aber nur, wenn es *sofort* geschieht, später kann sie es nicht mehr; die verbindende Kraft aber der Erklärungen des Bevollmächtigten ist nicht Versäumnisfolge, sondern beruht eben auf der Vollmacht. Und so verhält es sich wohl auch mit ZPO. § 90 (Widerruf oder Berichtigung des vom Beistand Vorgetragenen).

IV. *Natur* der Versäumnis und der Versäumnisfolgen.

Darüber gehen die Ansichten weit auseinander. Betrachtet man die Versäumnisfolgen als Strafen („Ungehorsamsstrafen"), so setzt man eine Pflicht zur Vornahme der versäumten Handlung voraus. Dabei ist (für das moderne Prozeßrecht) nie bezweifelt worden, daß es sich nicht um eine Kriminalstrafe, sondern um eine Strafe besonderer Art, eine „Prozeßstrafe", d. h. eine im Interesse der Ordnung des Verfahrens verhängte Strafe, handle. Daß aber der Ausschluß einer Prozeßhandlung nicht eine

---

[2]) *Wetzell* § 49 (S. 624 ff.).

eigentliche „Strafe" sei, wurde von der späteren gemeinrechtlichen Doktrin ziemlich allgemein angenommen. Aber auch für die übrigen Kontumazialfolgen war die Meinung vertreten, daß sie Strafen nur in dem Falle seien, daß die Partei durch ihr Handeln einen anderen Erfolg hätte herbeiführen können und wollen. — Neuerdings werden sämtliche Versäumnisfolgen, auch die Fiktionen, auf das Präklusionsprinzip zurückgeführt; sie sollen alle nicht Folgen von Pflichtversäumnis, sondern von Rechtsversäumnis (Versäumnis rechtzeitiger Rechtsausübung) sein; z. B. wird die Fiktion des Zugeständnisses (ZPO. § 138) aus dem Verluste des Bestreitungsrechtes erklärt.[4]) Ein Recht zu bestreiten gibt es aber nicht, die Bestreitung ist Ausfluß der Erklärungsbefugnis der Partei, und bloß durch den Ausschluß der Bestreitung wird die einseitige Parteierklärung noch nicht zur ausreichenden Urteilsgrundlage. Gerade im Gegensatze dazu betrachten andere[5]) die an Versäumung geknüpften Fiktionen als Ausfluß des Erfüllungszwangs (entsprechend der Bestimmung des § 894 ZPO.), nehmen also insbesondere (ZPO. § 138) eine Pflicht der Partei an, sich auf die tatsächlichen Behauptungen des Gegners zu erklären. Aber eine Pflicht zur Erklärung läßt sich schon um deswillen nicht annehmen, weil jedenfalls die Bestreitung nur im Interesse der Partei selbst und keines anderen, insbesondere nicht des Gegners, gelegen ist. Man mag daher, wie man sich seit langem gewöhnt hat von einer Beweislast zu reden, so, in gleichem Sinne, den Begriff der Last überall da anwenden, wo eine Partei lediglich durch die Rücksicht auf ihr eigenes Interesse zu handeln genötigt ist,[6]) ihr Nichthandeln nur ihr und keinem anderen Schaden bringen würde. In wesentlich gleicher Bedeutung bedient man sich der Ausdrücke „Gebundenheit" und (allerdings in einem anderen als dem gewöhnlichen Sinne) „Verantwortlichkeit".[7]) Doch bedürfen diese Bezeichnungen selbst noch der näheren Erklärung.

In den besonderen Versäumungsfolgen äußert sich ein vom Recht geübter Zwang, ein Zwang, der zur Erreichung des Prozeßzweckes notwendig ist. Dieser Zwang ist kein Erfüllungszwang, auch kein Strafzwang, sondern ein Zwang besonderer Art, den man Interessezwang nennen kann. Er ist ein bedingter Zwang. Er besteht darin, daß, wenn eine Partei die an ihre Untätigkeit sich knüpfende Folge vermeiden will, sie zum Handeln genötigt ist; sie braucht aber nicht zu handeln, wenn ihr Interesse es nicht erfordert, insbesondere also dann nicht, wenn sie durch ihr Handeln doch keine andere Folge herbeiführen würde.

Ob sie handelt oder nicht, ist für das öffentliche Interesse wie für das Interesse des Gegners gleichgültig; das öffentliche Interesse fordert nur, ebenso wie das Interesse des Gegners, daß der Prozeß seinen Fortgang und seine Erledigung finde, und dieser Zweck wird auch bei Untätigkeit der einen Partei erreicht — eben durch die an ihre Versäumung geknüpfte Folge. Diese Folge ist also nicht Ausfluß einer Handlungspflicht der Partei, sondern beruht lediglich auf ihrer Unterworfenheit unter die staatliche Gerichtsbarkeit, zufolge deren sie den Prozeß über sich ergehen, seine Wirkungen sich gefallen lassen muß.

[4]) So Bülow, Arch. Bd. 62 (der zahlreiche Anhänger gefunden hat). Neuerdings aber betont Bülow selbst (Arch. Bd. 88 S. 345, Geständnisrecht a. a. O.), daß es sich hier nicht um Rechtsverlust handle. So auch schon Weismann, Hauptintervention § 26 N. 7 ff. (S. 126 ff.).

[5]) So besonders Wach a. a. O. Vgl. auch Degenkolb, Plosz a. a. O.

[6]) So Weismann a. a. O. Gaupp-Stein zu ZPO. § 138.

[7]) Schmidt a. a. O.

Die Versäumnisfolgen beruhen hienach allerdings auf einem Pflichtverhältnis, — wenn man dieses Unterworfenheitsverhältnis als ein Pflichtverhältnis bezeichnen, von einer „Pflicht", Prozeßakte und insbesondere einer Pflicht, das Urteil zu erdulden, reden darf.

Das ist, im Grunde genommen, eine terminologische Frage. Gibt es eine „Befugnis" zur Vornahme von einseitigen Rechtshandlungen, von Handlungen, die einer anderen Person gegenüber rechtliche Wirkungen äußern, so kommt es eben nur darauf an, ob das korrespondierende Verhältnis dieser anderen Person als ein Pflichtverhältnis zu bezeichnen sei.

Die hier charakterisierte Art des Zwanges ist durchaus nicht dem Prozeßrechte allein angehörig, sondern findet sich auch auf materiellrechtlichem Gebiete; s. z. B. HGB. § 362: „sein Schweigen gilt als Annahme des Antrages"; unter analogen Gesichtspunkt fällt auch die Bestimmung des § 1944 BGB.: „Die Ausschlagung (der Erbschaft) kann nur binnen sechs Wochen erfolgen."

Daß freilich eine Fiktion, wie sie sich an Versäumungen anknüpft, auch als Folge wirklicher Pflichtverletzung auftreten kann, zeigt der § 427 ZPO.: Kommt eine Partei ihrer Pflicht zur Urkundenedition nicht nach, so ist eine vom Beweisführer beigebrachte Abschrift als „richtig anzusehen" — das ist die Fiktion des Zugeständnisses, nur in einer anderen Wendung.

Daß die Versäumungsfolge des Ausschlusses nur eine zeitliche Beschränkung der Handlungsbefugnis bedeute, wurde schon oben bemerkt.

Sind die Versäumungsfolgen nicht Strafen, so sind sie doch „Nachteile" für die Partei, jedenfalls dann, wenn sie zu einem der Wirklichkeit nicht entsprechenden Ergebnis führen; und wie die Strafe nur gerechtfertigt erscheint, sofern sie notwendig ist, so kann man auch für die Versäumungsfolgen das Prinzip aufstellen, welches die moderne Gesetzgebung zu wahren bestrebt ist: sie sollen nicht weiter gehen, als für die Erreichung des Prozeßzweckes notwendig ist.

V. Der Eintritt der Versäumungsfolgen kann entweder ohne weiteres mit der Versäumung verknüpft oder noch von anderen (prozessualen) Voraussetzungen abhängig gemacht sein.

1. Nach gemeinem Prozeßrechte bedurfte es, der Regel nach, der vorgängigen Androhung der Versäumungsfolge. Von der ZPO. ist im Gegenteil dieses Erfordernis für das ordentliche Verfahren ausdrücklich aufgegeben:

„Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht", § 231. Es genügt, daß das Gesetz die Versäumungsfolgen bestimme; Sache der Parteien ist es, sich aus dem Gesetz über die Folgen ihres Tuns und Lassens zu belehren.

Der Satz gilt für das ordentliche Verfahren ganz ausnahmslos. Ausnahmen für das Aufgebotsverfahren s. ZPO. §§ 947 Nr. 3, 964 Nr. 1, 981, 986[4], 987[2], 988, 995, 997, 998, 1001, 1002[6], 1008. Nicht hieher gehört der auf das Mahnverfahren bezügliche § 692 ZPO.: „Der Zahlungsbefehl enthält den Befehl an den Schuldner, binnen einer Frist von einer Woche bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben"; denn die Zwangsvollstreckung ist nicht Versäumnisfolge.

2. In gewissen Fällen ist der Eintritt der Versäumungsfolge dadurch bedingt, daß die Partei vom Richter zur Vornahme der Handlung ausdrücklich *aufgefordert* war.

Eine solche Aufforderung ist vorgeschrieben:

a) für die Erklärungen einer (erschienenen) Partei über Tatsachen, Urkunden, Eideszuschiebungen im vorbereitenden schriftlichen Verfahren vor dem beauftragten Richter, ZPO. § 354[1];

b) für die Erklärung auf eine Eideszuschiebung. Unterbleibt sie, so kann, nur wenn die Partei vom Gerichte dazu aufgefordert war, der Eid als verweigert angesehen werden, ZPO. § 455;

c) im amtsgerichtlichen Verfahren auch für die Erklärung auf eine Urkunde. Unterbleibt sie, so ist die Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei vom Gerichte zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist, ZPO. § 507;

d) nach der Auffassung aber, die der § 139 ZPO. in der *Praxis* gefunden hat (s. oben § 40 I 2), ist ganz allgemein der *endgültige* Eintritt der Versäumungsfolge des § 138 — die Fiktion des Zugeständnisses bei unterbliebener Erklärung auf tatsächliche Behauptungen des Gegners — dadurch bedingt, daß der Richter seiner Fragepflicht genügt hat. Denn die *Unterlassung* einer Frage, zu der der Richter pflichtmäßig veranlaßt war, ist nach dieser (allerdings bestreitbaren) Auffassung Revisionsgrund, und wenn nun aus diesem Grunde das Urteil aufgehoben und eine anderweite Verhandlung angeordnet wird, so kann in dieser die unterbliebene Erklärung noch immer nachgeholt werden.

3. *Einmalige* Ladung genügt in der Regel, um die an eine Terminsversäumung geknüpfte Folge herbeizuführen. Nur im vorbereitenden schriftlichen Verfahren tritt die Folge unterbliebener Erklärung auf das tatsächliche Vorbringen des Gegners, die Fiktion des Zugeständnisses, erst bei *wiederholter* Terminsversäumung ein.

Bei erstmaliger Terminsversäumnis wird das Vorbringen der erschienenen Partei *protokolliert* (ZPO. § 350) und ein neuer Termin anberaumt, zu dem die säumige Partei von der erschienenen unter Mitteiluug einer Abschrift des Protokolls zu laden ist; erst wenn auch in dem neuen Termine die Partei nicht erscheint, gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen tatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden, so daß nun bezüglich ihrer das vorbereitende Verfahren nicht weiter fortzusetzen ist. ZPO. § 351.

4. Nach *gemeinem* Recht tritt in der Regel die Versäumungsfolge nicht von selbst ein, sondern erst, nachdem sie, *auf Antrag* des Gegners, durch den Richter ausgesprochen ist. Die *Zivilprozeßordnung* geht von der umgekehrten Regel aus; § 231:

Die Versäumungsfolgen treten *von selbst* ein, sofern nicht das Gesetz „einen auf Verwirklichung des Rechtsnachteils gerichteten Antrag erfordert". Und das ist namentlich da der Fall, wo sich die Versäumungsfolge in Gestalt eines Urteils (Versäumnisurteils) verwirklicht.

Versäumnisurteil: §§ 330, 331 (vgl. §§ 158, 347, 353, 542, 557, 600[2], 635, 640, 881), s. auch § 952[1]. Eines Antrags bedarf es ferner in folgenden Fällen, in denen sich die Versäumnisfolge ohne Urteil durch (auf einer Fiktion beruhende) *weitere Verhandlung* realisiert: ZPO. § 239[4] (die Rechtsnachfolge ist als zugestanden anzu-

sehen) vgl. §§ 242, 246[2]; ZPO. § 465 (der Eid ist als verweigert anzusehen). Vgl. unten VI 2.

VI. Wann aber eine Prozeßhandlung versäumt sei, bedarf nach verschiedenen Richtungen hin näherer Bestimmung.

1. Ist für die Handlung eine Frist bestimmt, so ist die Handlung versäumt, wenn die Frist abgelaufen ist.

Die für den Fristenlauf geltenden Bestimmungen (ZPO. §§ 221 ff.) wurden bereits (oben § 70 B) erörtert.

Anderseits wird die Vornahme einer Handlung der Regel nach nicht dadurch gehindert, daß die dafür bestimmte Frist noch nicht begonnen hat. Eine Ausnahme gilt für die Rechtsmittel der Berufung und der Revision; diese können vor Zustellung des Urteils nicht wirksam eingelegt werden. ZPO. §§ 516, 552. Der Zweck dieser Vorschrift ist (zusammen mit der des § 221[3] ZPO.), eine einheitliche Rechtsmittelfrist für beide Parteien und eine einheitliche Rechtsmittelverhandlung herbeizuführen.

Ob die Vorschrift der §§ 516, 552 ZPO. auch auf Einspruch und sofortige Beschwerde analog anzuwenden sei, ist sehr bestritten. Der Gedanke des Gesetzes trifft wohl auch für die sofortige Beschwerde zu, da möglicherweise beide Teile zur Einlegung der sofortigen Beschwerde veranlaßt sein können, aber nicht für den Einspruch, der nur dem säumigen Teile zusteht (unten § 94 I 4). Vgl. aber unten § 101 A. 22.

2. Ein Termin ist versäumt, nicht schon, wenn beim Beginne des Termins (beim Aufrufe der Sache) die Partei nicht erschienen ist, sondern erst dann, wenn sie bis zum Schlusse des Termins nicht verhandelt. ZPO. § 220 (vgl. oben § 70 A III).

Wenn es insbesondere zur Verwirklichung der Versäumungsfolge eines Antrages des Gegners bedarf, so kann, solange die mündliche Verhandlung über diesen Antrag nicht geschlossen ist, noch immer „die versäumte Prozeßhandlung" nachgeholt werden; weder tritt die Versäumungsfolge ein, bevor der Antrag gestellt ist, noch gewinnt schon durch die Stellung des Antrages der Gegner ein Recht auf Verwirklichung der Versäumungsfolge. Man kann also sagen, daß erst mit dem Schlusse des Termins die Versäumung endgültig eingetreten sei. ZPO. § 231[2].

Die Ausdrucksweise des § 231[2] ZPO. („die versäumte Prozeßhandlung" könne, solange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen sei, „nachgeholt" werden) entspricht der alten Vorstellung von der „purgatio contumaciae". Purgatio contumaciae (d. h. die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung) wurde von der mittelalterlichen und älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz bis zu dem die Kontumazialfolge aussprechenden Urteile für statthaft gehalten; die spätere gemeinrechtliche Praxis ließ sie allerdings nur bis zur „Ungehorsamsbeschuldigung" zu.

Nach der ZPO. ist es im ordentlichen Verfahren immer nur Terminsversäumnis, bei der es zur Verwirklichung der Versäumnisfolge eines Antrages bedarf. Im Arrestverfahren dagegen gibt es (§ 926) auch eine Fristversäumung, deren Folge erst auf Antrag durch richterliche Entscheidung verwirklicht wird.

Zweifel können entstehen bei §§ 239[4] und 465 ZPO. (nach der Fassung der Novelle); man könnte nach dem Wortlaute dieser Bestimmungen der Meinung sein, die Verhandlung über den Antrag, die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden,

den Eid als verweigert anzusehen, sei schon geschlossen, wenn zur Hauptsache verhandelt werde; aber der Antrag auf die Verwirklichung der Versäumnisfolge und auf die Verhandlung zur Hauptsache ist ein einheitlicher, einheitlich ist also auch die Verhandlung über den Antrag und über die Hauptsache, und erst im Urteil wird die Versäumungsfolge realisiert.

Der Gedanke aber, der dem § 231[2] zu Grunde liegt — daß die Versäumung endgültig erst wird, wenn das Verfahren bis zu der Entscheidung gediehen ist —, kehrt auch in anderen Gesetzesbestimmungen wieder. So kann im Mahnverfahren der Widerspruch, auch nachdem die dafür gesetzte Frist abgelaufen, doch noch vom Schuldner bis zur Verfügung des Vollstreckungsbefehles erhoben werden; ZPO. § 694[1]. Und auch in den Fällen der §§ 56[2] und 89[1] ZPO. kann die Beseitigung des prozessualen Mangels noch bis zum Schlusse der Verhandlung erfolgen, auf welche das Urteil ergeht, hat also die Setzung der Frist nur die Bedeutung, daß nicht vorher das Urteil ergehen kann. (§ 231[2] trifft auf diese letzteren Fälle schon darum nicht zu, weil hier kein Antrag auf Verwirklichung der Versäumungsfolge erfordert wird.) Ferner kann nach § 113 ZPO. der ausländische Kläger die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten auch nach Ablauf der dafür bestimmten Frist erbringen, bis zu der Entscheidung, durch welche die Klage für zurückgenommen erklärt wird — also sogar noch nach Schluß des Verhandlungstermins. (§ 231[2] ist hier nicht anwendbar, weil die Sicherheitsleistung nicht Prozeßhandlung im Sinne dieser Bestimmung ist.)

3. In manchen Fällen ist der Ausschluß der versäumten Prozeßhandlung kein unbedingter; sie kann vielmehr nach Ablauf der Frist noch nachgeholt werden, wenn dadurch der Prozeß nicht verzögert wird. Die Fälle gehören sämtlich dem Beweisverfahren an.

a) Ist für eine Beweisaufnahme, der ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegensteht, eine Frist bestimmt worden, so kann sie doch auch nach Ablauf der Frist noch erfolgen, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. ZPO. § 356.

b) Ist eine Frist bestimmt, innerhalb deren von dem Beweisführer die Urkunde über eine von ihm zu betreibende Beweisaufnahme durch eine ausländische Behörde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, so kann auch nach Ablauf derselben die Urkunde noch benutzt werden, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird. ZPO. § 364.

c) Ist dadurch, daß in einem Beweisaufnahmetermin eine Partei ausgeblieben ist, eine Beweisaufnahme unmöglich oder unvollständig geworden, so ist auf Antrag eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme anzuordnen, bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, wenn nur dadurch das Verfahren nicht verzögert wird. ZPO. § 367[2].

VII. Beseitigung der Versäumnisfolgen.

1. „Versäumt" ist eine Prozeßhandlung allemal dann, wenn sie nicht rechtzeitig vorgenommen ist, einerlei ob die Versäumung verschuldet ist oder nicht. Das Gericht kann sogar, auf Antrag des Gegners, eine Partei als säumig behandeln, wenn sie (oder ihr Vertreter) durch einen Akt der Sitzungspolizei oder der Prozeßleitung zu handeln gehindert worden ist. Die Versäumungsfolge wird hier zugleich zur Strafe des Ungehorsams.

ZPO. § 158: Ist eine bei der Verhandlung beteiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie sich freiwillig ent-

fernt hätte. Dasselbe gilt auch, wenn einer Partei, einem Bevollmächtigten oder einem Beistande, weil ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, der weitere Vortrag untersagt wird, nachdem schon in einer früheren Verhandlung die gleiche Maßregel gegen sie verhängt war, oder wenn ein Bevollmächtigter oder Beistand, der schon in einem früheren Termin, weil er das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt, zurückgewiesen worden war, von neuem zurückgewiesen wird. Vgl. ZPO. § 157. S. auch ZPO. § 136[2].

In gewissen Fällen aber kann die säumige Partei die versäumte Prozeßhandlung nachholen und damit die Versäumungsfolge beseitigen, wenn die Versäumung nicht (sei es vorsätzlich oder fahrlässig) verschuldet war.

a) „Verzichtbare prozeßhindernde Einreden" können auch noch nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geltend gemacht werden, wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im stande war, sie vorher geltend zu machen. ZPO. § 274. Vgl. dazu unten § 89 VIII.

b) Wenn im vorbereitenden schriftlichen Verfahren Ansprüche, Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden nicht zum Protokolle des beauftragten Richters festgestellt und damit an sich von der mündlichen Verhandlung ausgeschlossen sind, so können sie doch noch geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß sie erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sind. ZPO. § 319[2].

Verzichtbare Rügen prozessualer Mängel, die bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher darauf Bezug genommen ist, von der erschienenen Partei nicht vorgebracht wurden, sind von vornherein nur ausgeschlossen, wenn die Partei den Mangel gekannt hat oder kennen mußte, also wenn er für sie erkennbar war. ZPO. § 295[2]. Vgl. oben § 84.

2. Gegen die Versäumung einer Notfrist ist aus bestimmten Gründen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich. Darüber noch besonders unten in § 86.

3. Von besonderer Art ist das Mittel, durch welches die Folge totaler Versäumnis beseitigt werden kann. Es ist der sogen. „Einspruch", der gegen Versäumnisurteile stattfindet, in bestimmter Form und binnen bestimmter Frist (Notfrist) eingelegt werden muß, sonst aber an keine Voraussetzungen geknüpft („materiell voraussetzungslos") ist. Darüber unten § 94.

4. Ohne jede materielle Voraussetzung ist auch das Mittel, durch welches die schwurpflichtige Partei, die Versäumung des zur Eidesleistung bestimmten Termines wieder gutmachen kann: es besteht einfach darin, daß innerhalb der Notfrist von einer Woche nach dem Termin bei dem Gerichte die nachträgliche Abnahme des Eides beantragt wird. Der Antrag kann zum Protokolle des Gerichtschreibers erfolgen. ZPO. § 466. Darüber unten § 93 XII.

So bestimmt die Novelle von 1898. Nach der alten Zivilprozeßordnung war die Folge der versäumten Eidesleistung durch Versäumnisurteil auszusprechen, wogegen dann der Einspruch stattfand.

VIII. Durch Beschluß des Gerichtes können Verteidigungsmittel auf Antrag zurückgewiesen, also ausgeschlossen werden, wenn durch ihre Zulassung der Rechtsstreit verzögert werden würde und das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat. ZPO. § 279. Und analoge Bestimmungen gelten auch für gewisse Beweisantretungen. ZPO. §§ 374, 433. S. darüber oben § 51 IV 3. Der Grund des Ausschlusses ist hienach schuldhafte (vorsätzliche oder grobfahrlässige) Zögerung.

IX. Sofern es nun (namentlich für die Beseitigung einer Versäumnisfolge) darauf ankommt, ob ein Verhalten der Partei ein verschuldetes ist oder nicht, wird eine Verschuldung des Vertreters ebenso behandelt, wie eine Verschuldung der Partei selbst. ZPO. § 232[2].

§ 232[2] redet nur von der Aufhebung der Versäumnisfolgen; ist aber gewiß auch auf die unter VIII aufgeführten Fälle entsprechend anzuwenden. Vgl. auch GKG. § 48, unten N. 9. ZPO. § 295, oben § 84 III 1c.

„Vertreter" ist sowohl der gesetzliche Vertreter wie der Bevollmächtigte (auch der Zustellungsbevollmächtigte) und ihm steht gleich der Unbeauftragte, dessen Geschäftsführung genehmigt ist; nicht ist Vertreter im Sinne des § 232 der Zustellungsbeamte,[8]) auch nicht der Gerichtschreiber, der den Zustellungsauftrag vermittelt.

X. Es gibt nach dem Gesagten eine ganze Reihe rein prozessualer Bestimmungen, die an ein schuldhaftes oder schuldloses Verhalten Rechtsfolgen anknüpfen. Eine Verschuldung ist nun aber nicht denkbar ohne eine Verpflichtung, jedenfalls kann die bloße Nichtausübung einer Befugnis nie ein schuldhaftes Verhalten sein.

Auch eine Strafe ist nicht denkbar ohne eine Verpflichtung. Den Charakter einer Prozeßstrafe aber hat die Prozeßgebühr des § 48 des Gerichtskostengesetzes[9]) (vgl. oben § 51 IV 3). Strafcharakter hat auch die Kostenfolge, von der schon oben (II 2, § 51 IV 3) die Rede war. S. auch ZPO. § 97[2] (unten § 115 VI 4).

1. Die Prozeßordnung verpflichtet also die Parteien, im Interesse der Rechtspflege, ihre Rechtsbehelfe rechtzeitig geltend zu machen, nicht die Erledigung des Rechtsstreites schuldhafterweise zu verzögern.

---

[8]) ERG. Bd. 10 Nr. 110, Bd. 48 Nr. 95. Jastrow, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 68 S. 370 f.

[9]) GKG. § 48: „Ist außer dem Falle des § 335 der ZPO. durch Verschulden einer Partei oder eines Vertreters derselben die Vertagung einer mündlichen Verhandlung oder die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung veranlaßt oder ist durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln, Beweismitteln oder Beweiseinreden, welches zeitiger erfolgen konnte, die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden, so kann das Gericht von Amts wegen die besondere Erhebung einer Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung, sowie einer Gebühr für die durch das neue Vorbringen veranlaßte nochmalige Beweisanordnung beschließen. Die Gebühr besteht in der vollen Gebühr (§ 8), sie kann jedoch bis zu zwei Zehnteilen herabgesetzt werden. Gegen den Beschluß findet Beschwerde nach Maßgabe des § 567[2] und der §§ 568—575 ZPO. sowie des § 4[3] dieses Gesetzes statt.

2. Den Parteien sind ihre prozessualen Befugnisse allerdings zur Wahrung ihrer eigenen Interessen, sie sind ihnen aber anderseits im Interesse der Rechtspflege verliehen. Und sie sollen daher auch von ihren prozessualen Befugnissen nur einen diesem Zwecke entsprechenden Gebrauch machen. Treu und Glauben sollen auch das Verhalten der Prozeßparteien gegeneinander beherrschen.

Insbesondere also sollen sie nicht wider besseres Wissen tatsächliche Behauptungen aufstellen oder solche des Gegners bestreiten, überhaupt nicht Rechtsbehelfe (namentlich auch Rechtsmittel), an deren Erfolg sie selber nicht glauben, bloß zur Verschleppung des Prozesses benutzen.

So selbstverständlich diese Sätze auch sind, so haben sie doch im geltenden Recht zu keinerlei positiven Bestimmungen geführt.

Justinian hatte (c. 2 C. de iureiur. propt. cal. dand. 2, 58) vorgeschrieben, daß beide Parteien zu Beginn des Prozesses einen allgemeinen Kalumnieneid zu leisten haben, durch den sie beschwören, daß sie in gutem Glauben streiten; in der gemeinrechtlichen Praxis war nur „der spezielle Gefährdeeid" in Übung geblieben, der mit Bezug auf einzelne Prozeßhandlungen, bei hinreichendem Verdacht der Gefährde, vom Gegner gefordert, aber auch von Amts wegen auferlegt werden konnte.[10])

Die Pflicht zur Tragung der Prozeßkosten ist an die Tatsache des Unterliegens geknüpft, ohne Rücksicht auf den guten Glauben der Partei. ZPO. § 91, vgl. §§ 96, 97.

XI. An ein Verhalten, das sich als unerlaubte Handlung charakterisiert, ist in § 444 ZPO. ein Prozeßnachteil geknüpft: wenn eine Partei eine Urkunde beseitigt oder (z. B. durch Übergießen mit Tinte oder Durchstreichung) zum Beweis unbrauchbar gemacht hat, und zwar in der Absicht, ihre Benutzung dem Gegner zu enziehen, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

S. oben § 42 VI.

Mannigfache Strafbestimmungen kommen speziell auch der Zivilrechtspflege zu gute: so beispielsweise die Bestimmungen gegen Meineid und fahrlässigen Falscheid StGB. §§ 153 ff., gegen Urkundenfälschung StGB. § 267 ff., Richterbestechung und Rechtsbeugung §§ 334 ff., Falschbeurkundung § 348 u. s. w.

Die speziell dem Schutze der Zwangsvollstreckung dienenden Strafbestimmungen s. unten in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

In einer Prozeßhandlung kann also zugleich der Tatbestand einer strafbaren Handlung gelegen sein (Meineid, Benutzung einer falschen Urkunde, Betrug).

Inwiefern ein bereits rechtskräftiges Urteil noch mit der Restitutionsklage angefochten werden kann, weil es auf einer strafbaren Handlung beruht (ZPO. § 580 Nr. 8—5), wird unten in der Lehre von der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erörtern sein. Vgl. auch ZPO. § 463[2] und dazu oben § 45 III.

---

[10]) Wetzell § 30 II.

XII. Es gibt prozessuale Parteipflichten, die Leistungspflichten gegenüber der anderen Partei sind, Pflichten zu einem positiven Handeln, das im unmittelbaren Interesse des Gegners gelegen ist. Von der Verpflichtung zum Ersatze der Prozeßkosten abgesehen, ist solcher Art die Pflicht einer Partei, dem Gegner zu seiner Vorbereitung auf die mündliche Verhandlung die Einsicht einer Urkunde zu gewähren, auf die sie sich in einem vorbereitenden Schriftsatze bezogen hat, ZPO. §§ 134, 135, die Pflicht einer Partei, in ihren Händen befindliche Urkunden zu edieren, bloß aus dem Grunde, weil sie darauf im Prozesse (wenn auch nur in vorbereitendem Schriftsatz) zur Beweisführung Bezug genommen hat, ZPO. § 423 (während im übrigen ja die Editionspflicht auf materiellrechtlichem Grunde beruht, ZPO. § 422, vgl. oben § 42 VI).[11])

§ 86.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.[1])

I. Das Institut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist dem gemeinen Prozeßrecht entnommen.[2]) Hier hatte allerdings die „Restitution" ein viel weiteres Anwendungsgebiet; sie war nichts anderes als die allgemeine prätorische restitutio in integrum in Anwendung auf den Prozeß; sie ward gegen jeden prozessualen Nachteil gewährt (und so insbesondere gegen jede Versäumung, die eine laesio zur Folge gehabt hat), unter der Voraussetzung einer causa restitutionis. Restitutionsgrund war namentlich Minderjährigkeit; den Minderjährigen wurden gewisse andere Personen, z. B. Kirchen und milde Stiftungen gleichgestellt; als Restitutionsgrund war ferner gemeinrechtlich auch ein Versehen des Stellvertreters (restitutio ex culpa procuratoris) anerkannt. Diese Gründe sind von der ZPO. (§ 232) ausdrücklich abgelehnt. Über § 232[2] s. oben § 85 IX.

Die restitutio in integrum gehörte, da sie in so weitem Umfang anwendbar, auch leicht zu erlangen, die Entscheidung über ihre Zulässigkeit selbst wieder durch Rechtsmittel anfechtbar war, zu den Hauptgründen, welche die Schwerfälligkeit und Langsamkeit des gemeinrechtlichen Prozesses verschuldeten. Der Code de procédure civile läßt einen Rechtsbehelf gegen Fristversäumung überhaupt nicht zu und ihm ist die preußische Rechtsentwicklung nach der AGO. (Verordnung vom 14. Dezember 1833 § 22, Deklaration vom 6. April 1839 Art. 13, 14, Verordnung vom 21. Juli 1846 § 27) gefolgt. Die Allgemeine Gerichtsordnung hatte — der Sache nach — die Restitution noch gegen Versäumung der Appellationsfrist auf Grund bescheinigter „persönlicher Ehehaften, z. B. wegen Krankheit, Abwesenheit und dergl." zugelassen. AGO. I 14 § 34 (Anhang §§ 114, 115).

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt das Institut der Wiedereinsetzung nicht mehr. Im wesentlichen kommt allerdings auf dasselbe hinaus die Bestimmung des

---

[11]) Aus der dem Gegner günstigen Zwangsfolge des § 427 (vgl. § 441[3]) läßt sich nicht schließen, daß es sich hier nicht um eine Verpflichtung handle (so wenig wie aus der Zwangsfolge des § 894 ZPO.).

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 233 ff. Planck § 162. Schmidt § 62 III 2. Bunsen, Z. Bd. 5 S. 249 ff. (zu ZPO. § 235). Ude, Gruchot Bd. 29 S. 779 ff. Hergenhahn, daselbst Bd. 39 S. 332 ff.

[2]) Wetzell § 53.

§ 1996. Von selbst wird durch höhere Gewalt der Lauf von Verjährungs- und von Ausschlußfristen gehemmt: §§ 124, 203, 210, 212, 215, 802, 1002, 1389, 1571, 1594, 1599, 1944, 1954, 1997, 2082, 2283, 2340.

Die Zivilprozeßordnung läßt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur gegen Versäumung einer Notfrist (vgl. oben § 70 B III) zu.

II. Die Gründe der Wiedereinsetzung sind nach der ZPO. folgende:

1. Ein unabwendbarer Zufall (insbesondere ein Naturereignis), wodurch die Partei an der Einhaltung der Notfrist verhindert worden ist. § 233.

Mangelndes Verschulden ist nicht genügend;[3]) vielmehr ist ein unabwendbares Hindernis[4]) erforderlich, wie es besonders durch Naturgewalt (Wassers- oder Feuersnot) geschaffen werden kann; das Gesetz meint dasselbe, was anderwärts (so im Handelsgesetzbuch § 456 und im Bürgerlichen Gesetzbuch) als „höhere Gewalt" (vis maior) bezeichnet wird. Naturereignisse sind nur beispielsweise angeführt; ein unabwendbarer Zufall kann sehr wohl auch in menschlichem Verhalten gelegen sein, auf welches einzuwirken der Partei unmöglich war. Voraussetzung ist aber unter allen Umständen, daß die Partei selbst kein Vorwurf trifft. Verzögerung der Entscheidung über das Armenrecht,[5]) unbegründete Versagung desselben, eine Ordnungswidrigkeit des Gerichtschreibers, des Gerichtsvollziehers können sich als unabwendbare Zufälle darstellen. Dagegen ist z. B. die Verspätung eines Eisenbahnzuges kein unabwendbarer Zufall, sofern die Partei mit dieser Möglichkeit hätte rechnen, nicht bis zur letzten Stunde hätte warten sollen.[6])

2. Die anderen Gründe der Wiedereinsetzung beruhen auf dem Gedanken, daß die mit gewissen Prozeßeinrichtungen notwendig verbundene Gefahr die Partei wenigstens nicht in ganzem Umfange tragen soll.

a) Hat eine Partei die Einspruchsfrist darum versäumt, weil sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis (oder doch keine rechtzeitige Kenntnis) erlangt hat, was nach dem Zustellungssysteme der ZPO., namentlich im Falle einer Ersatzzustellung (der Klage oder des Versäumnisurteils), sehr leicht möglich ist, so ist ihr die Wiedereinsetzung zu erteilen, auch wenn darin an sich ein unabwendbarer Zufall nicht zu finden wäre. § 233[2].

b) Ist eine Zustellung, die zur Wahrung einer Notfrist erforder-

---

[3]) ERG. Bd. 3 Nr. 121.

[4]) Nach der stehenden Definition des Reichsgerichts (ERG. Bd. 48 Nr. 95 und die hier [S. 411] gegebenen Nachweisungen) ist ein unabwendbarer Zufall „ein Ereignis, das unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist."

[5]) Vorausgesetzt, daß die Partei mit ihrem Gesuche nicht ungebührlich lange gewartet hat. S. z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 112, Bd. 12 Nr. 107, Bd. 17 Nr. 98. — Als unabwendbarer Zufall ist es auch anzusehen, wenn der Gerichtsvollzieher, der gemäß ZPO. § 166[2] Satz 2 mit der Zustellung einer Rechtsmittelschrift beauftragt worden ist, es übersehen hat, auf der zugestellten Abschrift die Terminsbestimmung zu beglaubigen. ERG. Bd. 48 Nr. 95 (Verein. Zivilsenate).

[6]) ERG. Bd. 4 Nr. 106. Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten ist nicht immer ein „unabwendbarer" Zufall, sofern er noch für eine Vertretung hätte sorgen können. ERG. Bd. 2 Nr. 124.

lich war, nicht rechtzeitig (überhaupt nicht oder nicht ordnungsmäßig[7]) oder erst nach Ablauf der Notfrist) erfolgt, so ist der Partei die Wiedereinsetzung zu erteilen, wenn sie spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Notfrist (so daß also — außer dem Tag der Übergabe, einschließlich des Tages, mit welchem die Notfrist abläuft — noch zwei volle Tage[8]) für die Zustellung frei bleiben) das zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, sofern die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen soll, diesem zum Zwecke der Zustellung ordnungsmäßig[9]) übergeben hat:[10]) die Partei soll dann unter einem Versehen des Gerichtsvollziehers oder Gerichtschreibers nicht leiden. § 235[1].

In § 207[2] handelt es sich nicht um Wiedereinsetzung, sondern um Wahrung einer Notfrist: die Notfrist ist gewahrt, wenn das Schriftstück noch innerhalb der Notfrist, sei es auch am letzten Tage, beim Gerichtschreiber eingereicht ist, und dann innerhalb vierzehn Tagen nach Ablauf der Notfrist die Zustellung wirklich erfolgt; diese letztere Voraussetzung wird in § 235[1] nicht gemacht.

c) Die Wiedereinsetzung ist endlich auch dann zu erteilen, wenn die Versäumung der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist darin ihren Grund hat, daß die Bezeichnung des Prozeßbevollmächtigten des Gegners in dem angefochtenen Urteile (ZPO. § 313 Nr. 1) unrichtig ist. § 235[2].

III. Der Antrag auf Wiedereinsetzung muß von der säumigen Partei innerhalb einer gesetzlichen Frist gestellt werden, die mit den Notfristen das gemeinsam hat, daß sie durch Parteivereinbarung nicht verlängert werden kann (ZPO. § 234[2]; vgl. § 224[1]); sie ist aber keine Notfrist, und darum ist gegen ihre Versäumung nicht wiederum eine Wiedereinsetzung statthaft.

Es gilt also auch für die ZPO. der gemeinrechtliche Satz: „restitutio restitutionis non datur".

Die Wiedereinsetzungsfrist beträgt in der Regel zwei Wochen, und beginnt mit dem Tage, an welchem das Hindernis gehoben ist,[11]) also im Falle des § 232[2] mit dem Tage, an welchem die Partei Kenntnis von der Zustellung des Versäumnisurteils erlangt hat oder ihre Unkenntnis eine schuldhafte geworden, im Falle des § 235[2] mit dem Tage, an welchem die Partei die Unrichtigkeit der Bezeichnung erfahren hat. Daneben ist der Wiedereinsetzung auch eine absolute Schranke gezogen: nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Notfrist an gerechnet, kann

---

[7]) ERG. Bd. 11 Nr. 96; die Wiedereinsetzung ist aber zu versagen, wenn die Partei selbst die Ungültigkeit der Zustellung verschuldet hat, indem sie z. B. den Prozeßbevollmächtigten nicht angegeben hat, an den (ZPO. § 176) die Zustellung hätte erfolgen sollen; ERG. Bd. 16 Nr. 89.

[8]) ERG. Bd. 7 Nr. 94.

[9]) ZPO. § 169. S. oben § 71 VI A 1.

[10]) Oder soweit statthaft (ZPO. § 501) die Erklärung zu Protokoll des Gerichtschreibers abgegeben hat.

[11]) Vgl. z. B. ERG. Bd. 6 Nr. 99, Bd. 41 Nr. 93, Bd. 47 Nr. 93.

die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden (§ 234[1]). — In besonderer Weise ist die Wiedereinsetzungsfrist für die Fälle des § 235[1] bestimmt: hier muß die Wiedereinsetzung innerhalb eines Monates nach Ablauf der versäumten Notfrist beantragt werden. § 235[3].

IV. Der Wiedereinsetzungsgrund muß (ebenso wie der Entschuldigungsgrund in den Fällen formloser Nachholung, s. oben § 85 VII 1) glaubhaft gemacht werden (§ 236[1]). Im übrigen ist das Wiedereinsetzungsverfahren in den §§ 236—238 geregelt.

1. Was die Form des Wiedereinsetzungsantrages angeht, so bedarf es, der Regel nach, der Zustellung eines Schriftsatzes, weil, der Regel nach, auch für die nachzuholende Handlung die gleiche Form vorgeschrieben ist. Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde versäumt, so ist der Schriftsatz bei Gericht einzureichen, weil auch die sofortige Beschwerde durch Einreichung eines Schriftsatzes einzulegen ist (§ 577), und zwar kann die Einreichung sowohl bei dem Gerichte der angefochtenen Entscheidung als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen. § 236[1 2].

Der Schriftsatz muß enthalten 1) die Angabe der Tatsachen, auf die der Wiedereinsetzungsantrag gegründet wird; auf einen anderen Wiedereinsetzungsgrund kann, nach Ablauf der Wiedereinsetzungsfrist, der Antrag nicht mehr gestützt werden;[12]) 2) die Angabe der Mittel für die Glaubhaftmachung dieser Tatsachen; 3) die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung, oder wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf; außerdem, wenn die Notfrist des § 466 (für den Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme) versäumt ist, auch die Ladung des Gegners zur Eidesleistung und zur weiteren mündlichen Verhandlung.

In einem Falle (im Falle der durch den Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber verspäteten Zustellung: § 235[1]) kann der Wiedereinsetzungsantrag auch mündlich, in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes gestellt werden; nur muß dann die Ladung zum Termine innerhalb der in § 235[3] festgesetzten Frist erfolgt sein. Durch diese Bestimmung wird namentlich für den Fall Hilfe geschaffen, daß die Partei oder ihr Vertreter erst im Termin von der verspäteten Zustellung Kenntnis erhält, so daß sie vorher zur Stellung des schriftlichen Antrages keine Veranlassung hatte.

2. Zuständig zur Entscheidung über den Antrag ist dasjenige Gericht, welches über die nachgeholte Prozeßhandlung zu entscheiden hat, § 237 (also z. B., wenn ein Rechtsmittel nachzuholen ist, das Rechtsmittelgericht).

3. Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung ist nichts anderes als die Entscheidung über die Zulässigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung. Daher richtet sich das Verfahren über den Wiedereinsetzungsantrag, die Prüfung seiner Zulässigkeit, die Anfechtbarkeit der Entscheidung nach den Regeln, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. § 238[2].

Es bedarf also mündlicher Verhandlung, ausgenommen nur bei Nachholung der sofortigen Beschwerde; vgl. ZPO. §§ 574 ff.

Die Voraussetzungen der Zulässigkeit sind von Amts wegen zu prüfen nach den ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 341, 535, 566, 589. (Das gleiche gilt aber auch

---

[12]) So die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, doch mit der Einschränkung, daß „Tatsachen, welche dem Gerichte aus den Akten bekannt sind, und welche es von Amts wegen berücksichtigen muß", nicht angeführt zu werden brauchen. ERG. Bd. 16 Nr. 91, Bd. 38 Nr. 101. Anzugeben sind auch die Tatsachen, aus denen sich die Rechtzeitigkeit des Antrags (ZPO. § 234[2]) ergibt. ERG. Bd. 31 Nr. 97.

für die Fälle der §§ 958, 1044; denn auch hier handelt es sich um eine nur innerhalb einer Notfrist zulässige Anfechtung einer Entscheidung.)

4. Das Verfahren über den Wiedereinsetzungsantrag ist der *Regel* nach mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu *verbinden*; das Gericht *kann* jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag *beschränken*.

5. War das Verfahren *nicht* auf den Wiedereinsetzungsantrag *beschränkt*, so ist über ihn erst in dem Endurteil zu entscheiden, welches über die nachgeholte Prozeßhandlung ergeht. Endurteil ist aber auch allemal (auch wenn das Verfahren auf die Wiedereinsetzung beschränkt war) die Entscheidung, welche die Zulässigkeit des Antrages verneint und damit also auch die *nachgeholte Prozeßhandlung* als unzulässig verwirft. Dagegen ist die *abgesonderte* Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag, welche denselben für *zulässig* erklärt, bloßes Zwischenurteil, das nur mittelbar durch Rechtsmittel gegen das Endurteil angefochten werden kann.

6. Von dem Grundsatze, daß die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag in der gleichen Weise anfechtbar ist, wie die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung, ist *eine* Ausnahme gemacht: der Partei, die den Antrag gestellt hat, steht, wenn sie den Verhandlungstermin versäumt, *der Einspruch nicht zu*. § 238[2].

7. Die Kosten der Wiedereinsetzung hat der Antragsteller zu tragen, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind. § 238[3].

§ 87.

Beurkundung des Prozesses.[1])

I. Gehen vom Prozesse und seiner Entscheidung weittragende Wirkungen aus und hängt anderseits von der Beobachtung bestimmter Vorschriften die Gültigkeit des Verfahrens ab, so ist eine Beurkundung des Prozesses unentbehrlich. Eine Beurkundung, in Gestalt des Protokolles, hat das Gesetz für die mündliche Verhandlung vor Gericht und in der Regel auch für die Beweisaufnahme vorgeschrieben. ZPO. § 159[1]. Das *Protokoll* ist eine öffentliche Urkunde, ausgestellt vom Vorsitzenden und vom Gerichtschreiber. Dem Protokolle gleich gilt eine Schrift, die dem Protokolle als Anlage beigefügt *und* als solche *im* Protokolle bezeichnet ist. ZPO. § 160[3]. Das Protokoll ist vom Vorsitzenden und vom Gerichtschreiber zu *unterzeichnen* (ZPO. § 163), und beide sind für seine Richtigkeit verantwortlich.

Der Vorsitzende kann das Protokoll wohl dem Gerichtschreiber in die Feder diktieren; soweit aber dieser nicht mit dem Vorsitzenden übereinstimmt, hat er daneben auch der eigenen Auffassung Ausdruck zu geben. Soweit Vorsitzender und Gerichtschreiber nicht übereinstimmen, entbehrt das Protokoll der Beweiskraft.

Fehlen die Unterschriften, so hat das Protokoll keine Beweiskraft; die Anlagen dagegen brauchen nicht unterschrieben zu sein; es genügt, daß das Protokoll unterschrieben ist, in welchem auf sie Bezug genommen ist.

Bei Verhinderung des Vorsitzenden unterschreibt für ihn der älteste beisitzende Richter; bei Verhinderung des Vorsitzenden genügt die Unterschrift des Gerichtschreibers. § 163.

---

[1]) *Komment.* zu ZPO. §§ 159 ff. *Schmidt* § 55.

Zur Form des Protokolles gehören außerdem folgende Angaben: Ort und Tag der Verhandlung — Namen der Richter, des Gerichtschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers — Bezeichnung des Rechtsstreites — Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände. ZPO. § 159[2] Nr. 1—4.

Fehlt es an einer dieser Förmlichkeiten, so unterliegt die Beweiskraft des Protokolles der freien richterlichen Würdigung.

Es muß endlich stets das Protokoll eine Angabe über die Öffentlichkeit der Verhandlung enthalten (also: entweder daß öffentlich verhandelt oder daß die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist). ZPO. § 159[2] Nr. 5.

Der Gang der Verhandlung ist nur im allgemeinen (nach seinen Hauptstadien: Verlesung der Anträge, Verhandlung zur Sache) anzugeben. ZPO. § 160[1]. Nicht hat das Protokoll den ganzen Inhalt der mündlichen Verhandlung wiederzugeben. Nur gewisse Parteierklärungen sollen oder können durch Aufnahme in das Protokoll festgestellt werden. Inwieweit dies der Fall ist, inwieweit überhaupt das Protokoll zur Beurkundung des Prozeßstoffes dient, und wie sonst noch für die Beurkundung des Prozeßstoffes gesorgt ist, wurde schon oben (§ 50) dargelegt.

Ferner sind in das Protokoll aufzunehmen die gerichtlichen Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse, Verfügungen), sofern sie nicht schriftlich dem Protokolle als Anlagen beigefügt sind, und endlich ist auch ihre Verkündung festzustellen. ZPO. § 160 Nr. 6.

II. Besondere Bedeutung kommt dem Protokoll in Hinsicht auf die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten — im Unterschied vom Inhalte derselben — zu. Ihre Beobachtung kann nur durch das Protokoll, sie kann auf keine andere Art bewiesen werden, und anderseits hat in diesem Punkte das Protokoll eine verstärkte Beweiskraft; soweit es sich nämlich auf jene Förmlichkeiten bezieht, kann es nicht wie sonst in der Regel öffentliche Urkunden (ZPO. § 418[1]) durch einfachen Gegenbeweis widerlegt werden, vielmehr ist insoweit nur der Beweis einer Fälschung dagegen zulässig (einer Verfälschung StGB. § 267, einer intellektuellen Urkundenfälschung StGB. § 271, einer wissentlichen Falschbeurkundung StGB. § 348). ZPO. § 164.

Diese besondere Bestimmung gilt nicht für den sonstigen Inhalt des Protokolles; sie gilt nur für die „Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung": d. h. für die formellen Bedingungen der Gültigkeit der Verhandlung im ganzen (die Beobachtung „der großen Grundsätze des Verfahrens"), nicht also z. B. für die vorgeschriebene Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen — sie gilt namentlich für die in ZPO. § 159 bezeichneten Punkte, für die Tatsache, daß zweiseitig verhandelt worden ist, insbesondere für die Verlesung der Anträge im landgerichtlichen Verfahren, für die Verkündung der Entscheidungen (§ 160 Nr. 6).[2])

III. Auch zu den außerhalb der Sitzung vor einem Amtsrichter (§§ 486, 609) oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindenden Verhandlungen ist der Gerichtschreiber zuzuziehen, zur Aufnahme eines Protokolles, auf

[2]) ERG. Bd. 16 Nr. 74.

welches die Vorschriften der §§ 159—164 entsprechend anzuwenden sind. ZPO. § 165. (Streitig ist, ob auch § 164 ZPO. anwendbar sei, ein zureichender Grund, diese Bestimmung auszunehmen, ist nicht ersichtlich.)

IV. Durch das Sitzungsprotokoll und nur durch dieses kann der Beweis entkräftet werden, den rücksichtlich des Parteivorbringens der Urteilstatbestand liefert. ZPO. § 314.

Vgl. oben § 58 II 7. Ist ein Parteivorbringen, dessen Feststellung zu Protokoll vorgeschrieben ist, namentlich ein gerichtliches Geständnis nicht zu Protokoll und auch nicht im Tatbestande des Urteils festgestellt, so kann es keine Berücksichtigung finden (auch nicht in einer höheren Instanz), wenigstens dann nicht, wenn Streit darüber besteht, ob es abgegeben worden ist; ein anderweiter Beweis ist ausgeschlossen.

Sechstes Buch.

Der Rechtsstreit als Handlungsgesamtheit.

§ 88.

Rechtshängigkeit.[1])

I. Die Klagerhebung eröffnet den Rechtsstreit; sie macht den Rechtsstreit „anhängig". Und er bleibt anhängig, so lange bis er, auf irgend eine Weise, insbesondere durch rechtskräftiges Urteil oder durch Vergleich,[2]) erledigt ist.

Der Klage kommt eine für den ganzen Rechtsstreit maßgebende Bedeutung zu. Sie bestimmt: 1. das Prozeßgericht, 2. die Prozeßparteien, 3. den Streitgegenstand.

Mit der Klagerhebung treten ohne weiteres beide Teile in die Parteistellung ein und haben nun die daraus fließenden Befugnisse und Pflichten. Die Klage ist es, die dem Prozeß sein individuelles Gepräge verleiht: der einzelne Prozeß ist die Gesamtheit der Prozeßhandlungen, die sich auf eine bestimmte Klage beziehen. Formell betrachtet, steht der ganze Rechtsstreit im Dienste der Klage, durch die er anhängig ist; denn der ganze Rechtsstreit verfolgt den Zweck, eine Entscheidung über die Klage herbeizuführen. Das ist es, was alle die mannigfachen Prozeßhandlungen, aus denen sich

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 263 ff. Planck § 54. Schmidt § 150. Schwalbach, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 64 S. 256 ff. Lippmann, daselbst Bd. 65 S. 358 ff., Bd. 71 S. 291 ff. Schollmeyer, Die Kompensationseinrede im deutschen Reichszivilprozeß S. 9 ff. Weismann, Hauptintervention § 24. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis § 6. Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß § 35. Hellwig, Anspruch § 26, Lehrbuch § 27 IV.

[2]) Hinsichtlich der Klagrücknahme s. unten § 90. Über Endigung der Rechtshängigkeit bei Übergehung eines Anspruchs im Urteil s. oben § 54 N. 17. S. unten § 91 I.

der Rechtsstreit zusammensetzt, zu einer Einheit, zu einem einheitlichen „Verfahren" miteinander verbindet (s. oben § 5).

II. Der Anhängigkeit des Prozesses über den geltend gemachten Anspruch entspricht die Rechtshängigkeit des geltend gemachten Anspruches. Sie bezeichnet dieselbe Erscheinung in Hinsicht auf den Prozeßgegenstand: solange der Prozeß über den geltend gemachten Anspruch anhängig ist, ist der Anspruch rechtshängig, d. h. ist er Gegenstand eines bei Gericht anhängigen Prozesses.

In dem Worte rechtshängig hat (ebenso wie in dem Worte Rechtsweg) Recht die Bedeutung von Gericht.

Die Klagerhebung ist aber nicht nur von Bedeutung für den Prozeß, welchen sie anhängig macht; die Rechtshängigkeit des Anspruches hat vielmehr auch (in ähnlicher Weise wie, vermöge seiner materiellen Rechtskraft, das Urteil) über diesen Prozeß hinausgreifende Wirkungen. Solange der Rechtsstreit anhängig ist, können die Parteien die Entscheidung ihrer Streitsache nur in diesem Prozesse verlangen: gegen eine Klage, mit welcher die eine Partei gegen die andere dieselbe Streitsache anderweit anhängig macht, kann sich die andere durch Berufung auf die Rechtshängigkeit wehren („Einrede der Rechtshängigkeit"). ZPO. § 263[2] Nr. 1.

Diese Unterscheidung der Anhängigkeit des Prozesses und der Rechtshängigkeit des Anspruches — genauer gesagt: der Bedeutung, welche die Klagerhebung für den Prozeß hat, den sie anhängig macht, und der Bedeutung, welche nun weiterhin der Tatsache zukommt, daß über den geltend gemachten Anspruch ein Prozeß anhängig ist, hat noch keine allgemeine Anerkennung gefunden.[3])

Das Gesetz redet allgemein und ungenau von „Wirkungen der Rechtshängigkeit", der Rechtshängigkeit „der Streitsache", welche durch die Klagerhebung begründet werde. ZPO. § 263. Ihm folgt die herrschende Lehre.

III. Hienach ist es von Wichtigkeit, den Zeitpunkt genau zu bestimmen, mit welchem die Klagerhebung bewirkt ist. Dieser Zeitpunkt ist nicht der, in welchem die Klage zum Zwecke der Terminsbestimmung bei Gericht eingereicht wird, sondern der, in welchem die Klagschrift dem Beklagten zugestellt wird. ZPO. § 253. Mit diesem Zeitpunkt tritt die Rechtshängigkeit ein.

Das ist namentlich auch für den Fall festzuhalten, daß zwischen der Einreichung und der Zustellung eine Veränderung in den die Zuständigkeit des Gerichtes begründenden Umständen eingetreten ist.

Sofern die Form der Klage die mündliche ist (§§ 281, 500, 510, vgl. oben § 17 I), tritt die Rechtshängigkeit mit dem Klagvortrage in der mündlichen Verhandlung ein.[4])

---

[3]) Aufgestellt von Weismann a. a. O. Zustimmend Stein a. a. O. (auch in Gaupp-Stein), Schmidt a. a. O., Hellwig a. a. O. (Anspruch).

[4]) Begründung der Rechtshängigkeit durch Zustellung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren (ZPO. § 693) s. unten § 121.

IV. An die Rechtshängigkeit des Anspruches knüpfen sich auch zivilrechtliche Wirkungen; sie treten gleichfalls mit der Klagerhebung ein. ZPO. § 267.

Also bei schriftlicher Klage mit der Zustellung der Klagschrift; wobei die Bestimmung des § 207 ZPO. zu beachten ist (s. oben § 71 IX).

Mit der Klagerhebung treten auch die Wirkungen ein, die durch Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes an „die Anstellung, Mitteilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, die Ladung oder Einlassung des Beklagten" geknüpft werden.

Diese Wirkungen[5]) ergeben sich zum Teil daraus, daß die Klagerhebung die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches ist (so BGB. § 209[1]: Unterbrechung der Verjährung; vgl. auch BGB. §§ 847, 1002, 1300; ZPO. § 852); zum Teil beruhen sie auf dem gemeinsamen Grundgedanken, daß es dem Kläger nicht schaden solle, wenn durch den Rechtsstreit die Erfüllung seines Anspruches verzögert wird (so BGB. §§ 292, 818[4], 987, 989, 994[2]: gesteigerte Ersatzpflicht des Beklagten; BGB. § 291: Prozeßzinsen).

Von den „prozessualen" Wirkungen der Rechtshängigkeit soll im folgenden die Rede sein.

V. Die Klage bestimmt erstens das Prozeßgericht. Prozeßgericht ist dasjenige Gericht, an welches sich der Kläger mit seinem Urteilsbegehren wendet (bei welchem die Klagschrift eingereicht, vor welches der Beklagte geladen ist). Und es kommt nur darauf an, ob im Zeitpunkt der Klagerhebung die Zuständigkeit dieses Gerichtes begründet ist; ist in diesem Zeitpunkt das Prozeßgericht zuständig, so bleibt es zuständig für den ganzen anhängigen Prozeß, wenn auch die Umstände sich ändern, durch welche seine Zuständigkeit bedingt ist (ZPO. § 263 Nr. 2); denn sonst wäre der Erfolg der Klage, und also die Möglichkeit der Rechtsverfolgung, in all den Fällen in Frage gestellt, in welchen die Zuständigkeit von wandelbaren Verhältnissen (wie z. B. Wohnsitz oder Aufenthalt) abhängt.

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz bezeichnete diese „Wirkung der Rechtshängigkeit" als perpetuatio iudicii.[6])

Es genügt auf der anderen Seite, wenn die Zuständigkeit begründet ist beim Schluß der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht; vgl. unten § 89 IV 1.

Das Gesagte gilt für die sachliche, wie für die örtliche Zuständigkeit. Für die Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes, sofern davon die sachliche Zuständigkeit abhängt, ist denn auch der Zeitpunkt der Klagerhebung entscheidend, ZPO. § 4; und eine später eintretende Erhöhung oder Verminderung des Wertes ist auf die Zuständigkeit ohne Einfluß. Es wird die sachliche Zuständigkeit auch nicht dadurch berührt, daß sich infolge teilweisen Verzichts, teilweiser Anerkennung oder Erfüllung der

---

[5]) Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts § 124 (zu beachten die Nachträge und Berichtigungen Bd. 1 S. 1135). — Die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs hat außerdem noch mannigfache andere Folgen (die aber nicht alle Wirkungen der Rechtshängigkeit des Anspruchs als solcher sind). Zusammenstellung z. B. bei Seuffert zu ZPO. § 267.

[6]) Wetzell § 14 N. 58, § 39 N. 15.

Streitgegenstand beschränkt; denn es kommt nur darauf an, was durch die Klage zum Gegenstand des Prozesses gemacht ist.

In folgenden Fällen geht jedoch der Prozeß von dem Gericht, bei dem er abhängig wurde, unbeschadet der Rechtshängigkeit auf ein anderes Gericht über:

1. Ist das Gericht, bei welchem die Klage erhoben ist, sachlich unzuständig, so wird auf Antrag des Klägers — nicht die Klage abgewiesen, sondern — der Rechtsstreit (durch Urteil) an das sachlich zuständige Gericht — vom Landgericht an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirkes, vom Amtsgericht an das übergeordnete Landgericht — verwiesen. (S. dazu unten § 89 VII.)

Ist das Urteil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Gericht anhängig, an das er verwiesen ist. Es ist nun so, als ob bei diesem Gericht von Anfang an die Klage erhoben worden wäre. ZPO. §§ 276, 505. Das Verweisungsurteil ist (ZPO. § 11) für dieses Gericht bindend. Damit wird der Kläger der Notwendigkeit enthoben, eine neue Klage beim zuständigen Gericht zu erheben.

Die bei dem unzuständigen Gerichte erwachsenen Kosten fallen jedoch dem Kläger zur Last.

2. Wenn im Amtsgerichtsverfahren infolge einer Erweiterung des Klagantrages (ZPO. § 268 Nr. 2), oder infolge einer Zwischenfeststellungsklage (ZPO. § 280) der Wert des Streitgegenstandes die Zuständigkeit des Amtsgerichtes nachträglich überschreitet, so bleibt nicht das Amtsgericht zuständig, sondern es ist, wenn eine der Parteien vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, der Rechtsstreit, und zwar hier durch unanfechtbaren Beschluß, an das Landgericht zu verweisen; mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als beim Landgericht anhängig. ZPO. § 506.

Vgl. darüber noch unten § 88a IV und § 96.

Hier werden, weil das Amtsgericht das anfänglich zuständige Gericht war, die bei diesem erwachsenen Kosten als Teil der landgerichtlichen behandelt. ZPO. § 506[2].

VI. Die Klage bestimmt zweitens die Prozeßparteien. Und sie verbleiben in ihrer prozessualen Stellung, auch wenn nach Eintritt der Rechtshängigkeit die in Streit befangene Sache veräußert oder der Besitz dieser Sache übertragen wird, oder wenn der Kläger den geltend gemachten Anspruch abtritt: die Veräußerung oder Abtretung hat in diesem Sinne auf den Prozeß keinen Einfluß. ZPO. § 265[2] Satz 1.[7])

Noch weiter ging das gemeine Recht, im Anschluß an das römische, l. 5 (4) C. de litigiosis 8, 36 (37), indem es die Veräußerung der res litigiosa verbot und als

[7]) Darüber eine reiche Spezialliteratur; eine Übersicht in der Entsch. des Reichsgerichts ERG. Bd. 40 Nr. 92. Dazu noch Alf. Schultze, Die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels gegen den Rechtsnachfolger (1891). Hellwig, Rechtskraft § 22. Vgl. auch die Nachweisungen in den Komment. (Seuffert, Gaupp-Stein, Petersen-Anger) zu ZPO. § 265.

nichtig behandelte. Diese — über den prozessualen Zweck der Maßregel hinausgehende — Verkehrsbeschränkung hat das moderne Recht beseitigt. Ausdrücklich bestimmt denn auch § 265[1] ZPO.: „Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten."

1. „Der geltend gemachte Anspruch" ist derjenige, über den mit der Klage die — materieller Rechtskraft fähige — Entscheidung begehrt ist; und gründet sich dieser Anspruch auf ein dingliches Recht an einer Sache, so ist diese „die in Streit befangene Sache".

Als „in Streit befangene Sache" ist auch ein streitiges immaterielles Recht absoluter Natur (Urheberrecht an Werken der Kunst oder Wissenschaft, Patentrecht u. s. w.) zu behandeln.

2. Der Begriff der Abtretung und der Veräußerung bestimmt sich nach bürgerlichem Rechte; die Veräußerung kann in der Übertragung des streitigen Rechtes selbst oder darin bestehen, daß auf Grund des streitigen Rechtes ein anderes (beschränkteres) Recht (auf Grund des Eigentums z. B. ein Nießbrauch, ein Pfandrecht) bestellt wird (translative — konstitutive Veräußerung). Gleichgültig ist, ob die Veräußerung oder Abtretung eine freiwillige oder (im Wege der Zwangsvollstreckung,[8]) der Enteignung) erzwungen ist, ob sie sich durch ein Rechtsgeschäft oder durch obrigkeitliche Verfügung oder unmittelbar zufolge einer anderen Tatsache („kraft Gesetzes", BGB. § 412) vollzogen hat.

Der Erwerber ist „Rechtsnachfolger", und zwar Sondernachfolger. Rechtsnachfolger im Sinne des Gesetzes — im prozessualen Sinne — ist jeder, der sein Recht darauf gründet, daß er es von einem anderen, einem Rechtsvorgänger, erworben habe.[9])

3. Es genügt aber nicht, die Partei im Prozesse festzuhalten; das wäre für sich allein zwecklos; es muß vielmehr dem Urteil auch Wirksamkeit für wie gegen den Rechtsnachfolger oder Besitzerwerber verliehen werden, es muß auch für und gegen ihn das Urteil materielle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit erlangen. ZPO. § 325.

Es ist davon bereits oben (§ 61a III) die Rede gewesen, auch wird in der Lehre von der Zwangsvollstreckung darauf zurückzukommen sein.

Mit anderen Worten: es wird die nach der Klagerhebung eingetretene Veränderung dadurch unschädlich gemacht, daß hinsichtlich des dritten die Wirkungen des Urteils auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in welchem der Rechtsstreit anhängig geworden ist: es ist so, als ob die Rechtsnachfolge oder der Besitzerwerb erst nach der Rechtskraft des Urteils eingetreten wäre.

---

[8]) Z. B. auch auf Grund des § 835 ZPO.

[9]) Ueber den materiellrechtlichen Begriff der Rechtsnachfolge Hellwig, Rechtskraft § 12, §§ 30 ff., Lehrbuch §§ 89 ff. (der eine Reihe neuer Begriffe aufstellt, auf die hier nicht eingegangen werden kann).

4. Daß materiellrechtlich aber die Rechtsübertragung wirksam ist, darf bei der Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben; insbesondere kann sich der Beklagte nun mit Einwendungen verteidigen, die gegen den Erwerber der Klagforderung begründet sind.[10])

Durch Erfüllung an den Erwerber wird der Beklagte befreit; er kann Forderungen aufrechnen, die ihm gegen den Erwerber zustehen u. s. w.

Nach anderer Meinung soll die Veräußerung oder Abtretung für den anhängigen Prozeß überhaupt nicht in Betracht kommen. Aber damit würde die Bestimmung des § 265[1] vereitelt, weil dann, im Grunde genommen, die Veräußerung oder Abtretung auch materiellrechtlich wirkungslos bleiben müßte; es würde sich z. B. der Beklagte durch Zahlung an den Erwerber nicht befreien können, wenn er trotzdem zu verurteilen wäre. (Ob in diesem Falle § 767[2] ZPO. anzuwenden wäre, ist mindestens zweifelhaft, und jedenfalls wäre es ein unnötiger Umweg.)

Nach der hier vertretenen Auffassung hat also die Bestimmung des § 265[2], daß die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozeß keinen Einfluß habe, nur den Sinn, daß die seitherige Partei im Prozesse verbleibt, daß sie nicht aufhört, zur Sache legitimiert zu sein,[11]) insofern nämlich ihre Prozeßführung in vollstem Umfang (auch z. B. ihr Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich) dem Erwerber gegenüber wirksam wird, wie sich eben daraus ergibt, daß er das Urteil gegen sich gelten lassen muß. Insofern also hat auch hier die Rechtshängigkeit eine über den Prozeß hinausgehende, eine nicht bloß prozessuale Wirkung. Es äußert sich in der Wirksamkeit des Urteils gegen den dritten die Rechtshängigkeit des Anspruches.

Ob die materielle Rechtslage auch formell zum Ausdruck zu bringen, der Antrag und das Urteil gleich auf die Person des Erwerbers abzustellen sei (z. B. also der Kläger nun zu beantragen habe, daß der Beklagte verurteilt werde, an den Erwerber der Forderung zu zahlen), ist streitig. Unzulässig ist es nicht. Anderseits aber: wenn es nicht geschieht, so kann das der Wirksamkeit des Urteiles gegen den Erwerber keinen Eintrag tun; sie tritt kraft Gesetzes ein; wie dann die Zwangsvollstreckung für oder gegen den Erwerber zu bewerkstelligen ist, wird in der Lehre von der Zwangsvollstreckung erörtert werden; vgl. einstweilen ZPO. §§ 727, 731.

Selbstverständlich wird für und gegen den Erwerber nur die Entscheidung in der Streitsache selbst, nicht aber die Verurteilung in die Prozeßkosten wirksam, ebensowenig eine aus prozessualem Grund erfolgte Abweisung.

5.[12]) Mit Zustimmung des Gegners kann jedoch der Rechtsnachfolger den Prozeß übernehmen; durch die Erklärung der Übernahme (in der mündlichen Verhandlung) tritt er an die Stelle seines Rechtsvorgängers, so daß dieser völlig aus dem Prozesse ausscheidet. ZPO. § 265[2] Satz 2.

Wenn aber der Prozeß das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, die auf einem Grundstücke ruhen soll (eines Erbbaurechtes, Lehnrechtes, eines dinglichen Vorkaufsrechtes, Nachbarrechtsverhältnisses,[13]) einer Dienstbarkeit, Reallast, Hypothek, Grundschuld oder

---

[10]) So auch ERG. Bd. 40 Nr. 92; im Anschluß an Eccius, Preuß. Privatrecht § 99; eine sehr bestrittene Frage; vgl. die in der zitierten Entsch. gegebene Übersicht.

[11]) Meine Hauptintervention a. a. O. Nach Kohler liegt hier ein Fall der von ihm sogen. „Prozeßstandschaft" (s. oben § 22 N. 3) vor.

[12]) Vgl. unten § 91. [13]) So ERG. Bd. 40 Nr. 91.

Rentenschuld), zum Gegenstande hat, also der Besitzer des herrschenden oder belasteten Grundstückes nur in dieser seiner Eigenschaft Partei ist, so muß bei einer Veräußerung des Grundstückes der Gegner sich den Eintritt des Rechtsnachfolgers gefallen lassen, der nunmehr als der zur Wahrnehmung der Grundstücksinteressen Berufene erscheint, kann aber anderseits auch verlangen, daß derselbe an Stelle des Veräußerers den Prozeß übernehme. ZPO. § 266.

Von einem Eintritte des Rechtsnachfolgers kann nun aber in den Fällen nicht die Rede sein, in welchen, nach bürgerlichem Rechte, sein Rechtserwerb vom Rechte des Vorgängers nicht abhängig[14]) und daher auch das Urteil ihm gegenüber nicht wirksam ist (ZPO. § 325, 326, vgl. oben § 61a III). Der Kläger aber, der veräußert oder abgetreten hat, ist in solchem Falle nun nicht mehr zur Sache legitimiert und also mit seiner Klage abzuweisen.[15]) ZPO. §§ 265[2], 266[2].

§ 88a.

Fortsetzung. Insbesondere Klagänderung.[1])

I. Die Klage bestimmt drittens den Gegenstand des Rechtsstreites. Der Kläger ist für diesen Prozeß an den erhobenen Anspruch gebunden; er kann zwar, auch ohne Einwilligung des Beklagten, die Klage zurücknehmen, solange noch dieser nicht mündlich über den Anspruch verhandelt hat (ZPO. § 271; darüber noch unten § 91), aber er kann, ohne Einwilligung des Beklagten, in diesem Prozeß, schon von der Klagerhebung ab, keinen anderen Anspruch geltend machen, weder an Stelle des in der Klage erhobenen noch neben demselben: eine Änderung der Klage ist, ohne Einwilligung des Beklagten, unzulässig. ZPO. § 264.

1. Aber nicht jeder Änderung der Klage kann der Beklagte widersprechen.

a) Zwar ist es eine unzulässige Klagänderung, wenn nachträglich der Kläger seinen Anspruch aus einem völlig anderen Tatbestande, einem völlig anderen Hergange ableiten will.[2]) Bleibt aber der Tatbestand, auf welchen der Kläger seinen Anspruch gründet, seinem juristischen Wesen nach derselbe, bleibt der Klaggrund, in diesem Sinn unverändert, so ist

---

[14]) BGB. §§ 892, 893. Vgl. auch Zwangsversteigerungsgesetz § 90.

[15]) Vgl. dazu ERG. Bd. 49 Nr. 89.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 264, 268 ff. Planck § 137. Schmidt § 153. Schmidt, Die Klagänderung (1888), hier die ältere Literatur. Petersen, Sächs. Arch. f. Bürg. R. Bd. 2 S. 65 ff., 129 ff. Fischer, Das Problem der Identität und der Neuheit (Breslauer Festgabe für Ihering, 1893) S. 36 ff. M. Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 88 S. 87 ff.

[2]) Es liegt also stets eine Klagänderung vor, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einem Grunde herleitet, der erst nach der Klagerhebung entstanden ist. So ist es auch eine Klagänderung, wenn ein Anspruch auf Vertragsstrafe auf erst während des Prozesses begangene Vertragsverletzungen gegründet wird. ERG. Bd. 48 Nr. 83.

dem Kläger eine anderweitige Substanziierung unverwehrt. Er darf, sofern nur der Klaggrund im wesentlichen derselbe bleibt, tatsächliche Behauptungen berichtigen,[3]) er darf neue tatsächliche Behauptungen hinzufügen. Noch weniger ist ihm versagt, die gleichen Tatsachen, ganz oder teilweise, unter einem anderen juristischen Gesichtspunkte geltend zu machen. Das gilt insbesondere auch von den Tatsachen, durch welche die Sachlegitimation bedingt ist.

b) Bleibt der Klaggrund unverändert, so schadet es nicht, wenn bloß der Klagantrag, gleichviel ob in Bezug auf den Hauptanspruch oder auf Nebenforderungen (z. B. Verzugszinsen, Vertragsstrafe, Ersatz von Früchten), erweitert oder beschränkt wird. ZPO. § 268 Nr. 2.

Das ist nicht bloß im rein quantitativen Sinne zu verstehen; es kommt nur darauf an, daß sich die Anträge, bildlich gesprochen, in der gleichen Richtung bewegen, daß sie am letzten Ende dem gleichen Zwecke dienen, nur eben der eine in ausgiebigerer Weise als der andere; z. B. anstatt der Beseitigung einer störenden Anlage wird eine Vorkehrung verlangt, welche die Störung verhütet. Vgl. das zu ZPO. § 308 oben § 54 VI Bemerkte.[4])

Es darf sich natürlich auch mit einer Änderung in den tatsächlichen Klagbehauptungen eine Erweiterung oder Beschränkung des Klagantrages verbinden; z. B. es wird bei einem sich weiter entwickelnden Schaden eine weitergehende Ersatzforderung erhoben.[5])

Da die Klagbarkeitsvoraussetzungen keinen Teil des Klaggrundes bilden (vgl. oben § 20), so folgt, daß eine Änderung des Klaggrundes in einer Änderung der Klagbarkeitsvoraussetzungen nicht zu finden ist.[6])

Es ist denn auch im Sinne der ZPO. keine unstatthafte Klagänderung, wenn der Kläger von der Leistungsklage zur Feststellungsklage oder von der Feststellungs- zur Leistungsklage übergeht.[7])

Als eine bloße Erweiterung des Klagantrages bezeichnet es sogar das Gesetz (§ 280), wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreites die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, dessen Bestehen oder Nichtbestehen für die Entscheidung des Rechtsstreites von Erheblichkeit ist. Vgl. dazu unten § 109.

c) Endlich gestattet ausdrücklich das Gesetz, daß (immer unter Festhaltung des Klaggrundes) wegen veränderter Umstände (sei es, daß die Änderung erst nach der Klagerhebung eingetreten, oder erst nachher dem Kläger bekannt geworden ist)[8]) ein anderer Gegenstand (z. B. anstatt der

---

[3]) Z. B. es war erst behauptet, daß in einer Fabrik eine erforderliche Schutzvorrichtung gefehlt habe; dann wird behauptet, die vorhandene Schutzvorrichtung sei mangelhaft gewesen. ERG. Bd. 7 Nr. 125. Erst war bares Darlehen behauptet, dann Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld (BGB. § 607[2]), ERG. Bd. 10 Nr. 122. Vgl. auch Bd. 22 Nr. 45.

[4]) Vgl. ERG. Bd. 32 Nr. 1, Bd. 33 Nr. 58 (S. 255), Bd. 40 Nr. 3, Bd. 52 Nr. 21.

[5]) S. dazu ERG. Bd. 28 Nr. 106.

[6]) S. besonders die Entsch. der Vereinigten Zivilsenate ERG. Bd. 41 Nr. 23, vgl. oben § 20 I.

[7]) Das wird fast allgemein angenommen (Bedenken bei Seuffert). S. auch ERG. Bd. 23 Nr. 98.

[8]) ERG. Bd. 26 Nr. 81, Nr. 98, Bd. 39 Nr. 118.

Beseitigung eines Mangels Wandelung des Werkvertrages, BGB. §§ 633, 634) oder (z. B. wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung) das Interesse gefordert wird. ZPO. § 268 Nr. 3.

Das sind alles in Wahrheit Änderungen der Klage, aber es sind solche, die das Gesetz dem Kläger erlaubt, in der Form, daß es bestimmt, eine Änderung solcher Art sei „als Klagänderung nicht anzusehen".

2. Änderungen anderer Art — sie mögen den Klaggrund oder den Klagantrag, insbesondere auch den Anspruchsgegenstand, betreffen — sind ohne Einwilligung des Beklagten dem Kläger nicht schlechthin gestattet.

Hienach wird der schon oben (§ 19 II 2) erörterte Begriff des Klaggrundes und der Unterschied des wesentlichen Klaggrundes von seiner tatsächlichen Substanziierung auch in diesem Zusammenhange von Bedeutung: eine Änderung des Klaggrundes ist (ZPO. § 268) immer eine an sich nicht statthafte Klagänderung.[9])

Eine Berichtigung oder Ergänzung tatsächlicher Klagbehauptungen schließt eine Änderung des Klaggrundes in sich, wenn dadurch der anspruchbegründende Tatbestand unter einen anderen juristischen Gesichtspunkt gebracht, der Rechtsgrund der Klage geändert wird. Z. B. liegt Änderung des Klaggrundes vor in folgenden Fällen: Klage aus dem Besitz, dann aus dem Recht; Klage wegen Eigentumsbeeinträchtigung, dann auf Grund einer Servitut;[10]) aus unerlaubter Handlung, dann aus Vertrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung;[11]) Behauptung eines simulierten Vertrages, dann Anfechtung wegen Betruges; Klage aus einer für den Kläger ursprünglich entstandenen Forderung, dann Behauptung, man habe sie durch Abtretung oder Erbfolge erworben;[12]) Klage aus einer Forderung, dann aus Hypothek; Klage aus Bürgschaft für eine bestimmte Forderung, dann aus Bürgschaft für eine andere Forderung.

Bleiben die tatsächlichen Klagbehauptungen unverändert, so kann doch in einer Änderung des Klagantrages eine Änderung des Klaggrundes gelegen sein, insofern sich der neue Antrag aus der tatsächlichen Begründung nur unter verändertem juristischen Gesichtspunkt herleiten läßt.[13])

Auch hier wird der Streit über den Begriff des Klaggrundes namentlich für dingliche Klagen und Klagen aus Erbrecht von Bedeutung; nach der oben (§ 19 II 2) vertretenen Meinung ist die Behauptung eines anderen Erwerbsgrundes oder eines anderen Grundes der Erbfolge eine Änderung des Klaggrundes, nicht aber nach der Individualisierungstheorie.[14])

---

[9]) Eine außerordentlich reiche Kasuistik bei Bolze, Praxis des Reichsgerichts (gesondert unter den Stichworten „Klagänderung", „Keine Klagänderung").

[10]) ERG. Bd. 24 Nr. 45.

[11]) Anders ERG. Bd. 8 Nr. 22.

[12]) ERG. Bd. 42 Nr. 58 (S. 248), Bd. 45 Nr. 61. — Klagänderung ist es auch stets, wenn die Subjekte des Anspruchs gewechselt werden. Ein Nichtberechtigter, der in eigenem Namen geklagt hat, darf nicht als Stellvertreter des Berechtigten weiterprozessieren, ein als gesetzlicher Vertreter Beklagter nicht nachträglich als persönlich haftbar in Anspruch genommen werden. ERG. Bd. 11 Nr. 78 (S. 341), Bd. 19 Nr. 33 (S. 85), Bd. 49 Nr. 93.

[13]) Z. B. Klage auf Schadensersatz (wegen Sachbeschädigung), dann auf Beseitigung einer Eigentumsstörung oder Unterlassung weiterer Störung.

[14]) S. oben § 19 II 2 und die dort N. 5 angeführten Entscheidungen. So ist es auch Klagänderung, wenn eine Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger auf einen anderen Grund gestützt, oder wenn ein Schiedsspruch aus anderem Grunde angefochten wird. ERG. Bd. 22 Nr. 77, Bd. 23 Nr. 102.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die gleiche Änderung tatsächlicher Behauptungen, je nach der Verschiedenheit der Streitsache, bald Änderung des Klaggrundes und darum unzulässig, bald keine Änderung des Klaggrundes und darum zulässig sein kann. Ist z. B. ein Erbschaftsanspruch oder eine Klage auf Feststellung des Erbrechtes erhoben, so ist es eine an sich unstatthafte Klagänderung, wenn die Klage erst auf Testament, dann auf gesetzliche Erbfolge gegründet wird; anders aber, wenn eine Forderung geltend gemacht wird, die der Kläger durch Erbfolge erworben zu haben behauptet; hier kommt es nur darauf an, daß der Kläger Erbe, aber gleichgültig, aus welchem Grunde er es geworden ist.

Da der objektive Umfang der materiellen Rechtskraft des Urteils gleichfalls durch den Klaggrund bestimmt wird (s. oben § 61 B II), so kann man sagen, daß eine Klagänderung dann *nicht* vorliege, wenn die Entscheidung über die ursprüngliche Klage die *Einrede* der rechtskräftig entschiedenen Sache (s. oben § 61 VII) auch gegenüber der geänderten Klage begründen würde.[15]) Aber *nicht* ist überall die Klagänderung *unzulässig*, wo die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegenüber der geänderten Klage *nicht* begründet sein würde (das zeigt schon ZPO. § 268 Nr. 2), und *nicht* ist überall die Klagänderung zulässig, wo sich auch in Bezug auf die geänderte Klage eine Partei auf die materielle Rechtskraft des Urteils (in ihrer „*positiven*" Funktion, vgl. oben § 61 B IV) berufen könnte.[16])

3. Ob eine Änderung des Klaggrundes anzunehmen sei, ist oft genug zweifelhaft; oft genug hat aber auch der Beklagte an der Rüge einer wirklich vorgenommenen Klagänderung kein schutzwürdiges Interesse. Wird nämlich durch die Änderung der Klage die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert, so würde sein Widerspruch gegen die Klagänderung sich als Mißbrauch eines formalen Rechtes darstellen, zum Schaden des Klägers, dem so die Rechtsverfolgung erschwert, verteuert und verzögert würde.

Dies trifft namentlich für den Fall zu, daß der Kläger den Grund seiner geänderten Klage lediglich der eigenen Verteidigung des *Beklagten* entnimmt, danach aber der Klagantrag sich gleichfalls als gerechtfertigt darstellt, wenn auch aus einem anderen Grunde.[17]) Z. B. der Vertrag ist nach der Behauptung des Beklagten nichtig, aber er haftet danach wegen ungerechtfertigter Bereicherung; der Beklagte bestreitet die ihm zur Last gelegte unerlaubte Handlung, weil die Handlung ihm vertragsmäßig vom Kläger gestattet worden sei, danach aber würde er gleichfalls — jetzt oder später (ZPO. §§ 257, 259) — zu der beanspruchten Leistung verpflichtet sein; z. B. dem Beklagten wird zur Last gelegt, daß er ein ihm in Verwahrung gegebenes Sparkassenbuch unterschlagen habe; er verteidigt sich damit, daß der Kläger ihm gestattet habe, die Einlage zu erheben und unter gleichen Bedingungen wie die Sparkasse als Darlehn zu behalten.

Daher erklärt das Gesetz (§ 270) eine Klagänderung allemal dann für zulässig, wenn dadurch die Verteidigung des Beklagten *nicht wesentlich erschwert* werde. Ob sie *wesentlich* erschwert oder nicht, ob die Abweichung von dem ursprünglichen Klaggrunde in diesem Sinne unerheblich sei, entscheidet das *Gericht* nach freiem Ermessen. Diese Entscheidung

---

[15]) ERG. Bd. 14 Nr. 98.

[16]) Über den Zusammenhang von Klagänderung und Rechtskraft besonders *Rümelin* a. a. O.

[17]) *Wach*, Gruchot Bd. 30 S. 769 ff.

ist unanfechtbar, ebenso wie die Entscheidung, daß überhaupt keine Änderung der Klage vorliege.

Diese Bestimmung ist erst durch die Novelle von 1898 getroffen.

Es ist damit zugleich das Gericht wenigstens für die zweifelhaftesten Fälle der oft so schwierigen Entscheidung enthoben, ob eine Änderung des Klaggrundes anzunehmen sei, da es, praktisch genommen, keinen Unterschied macht, ob die Klagänderung verneint oder ob sie, als die Verteidigung nicht erschwerend, zugelassen wird. Nicht unanfechtbar ist die Entscheidung, daß eine unzulässige Klagänderung vorliege.

Immer wird aber eine unstatthafte Klagänderung anzunehmen sein, wenn der neue Anspruch aus einem völlig anderen mit dem ursprünglichen Klaggrunde nicht in Zusammenhang stehenden Tatbestande abgeleitet wird.

In der Theorie (Schmidt) wird dieser Fall, einer Vertauschung oder nachträglichen Häufung von Ansprüchen, von dem bloßen Wechsel des Angriffsmittels unterschieden und der Grund, aus dem hier die Klagänderung verboten ist, in dem Interesse des Beklagten an der Einhaltung der ordnungsmäßigen Form der Klagerhebung gefunden.

4. Mit Einwilligung des Beklagten, sie mag ausdrücklich oder stillschweigend erklärt sein, ist jede Klagänderung (sogar noch in der Berufungsinstanz, ZPO. § 529) statthaft.

II. Der Widerspruch gegen die Klagänderung ist eine prozessuale Verteidigung, die, wenn begründet, die Verhandlung und Entscheidung über den geänderten Anspruch ausschließt.

Unzulässig aber ist die Rüge der Klagänderung (die sogen. „Einrede der Klagänderung") dann, wenn sich der Beklagte in mündlicher Verhandlung auf die geänderte Klage widerspruchslos eingelassen hat. ZPO. § 269.[18]) Dann überwiegt das Interesse des Klägers an ungehemmter Rechtsverfolgung. Der Beklagte ist nicht mehr mit der Behauptung zu hören, daß ihm durch Änderung der Klage die Verteidigung wesentlich erschwert werde, wenn er sich bereits auf die geänderte Klage ohne Widerrede verteidigt hat. Dieser Gebundenheit des Beklagten an die geänderte Klage gibt das Gesetz in der Weise Ausdruck, daß es bestimmt, es sei die widerspruchslose Einlassung als Einwilligung des Beklagten in die Klagänderung anzusehen; mit anderen Worten: sie wird als Einwilligung, als Selbstbindung, fingiert. ZPO. § 269.

Es hilft also dem Beklagten auch nicht die Behauptung eines — mit wirklicher Einwilligung unvereinbaren — Irrtumes, es hilft ihm nicht, wenn er geltend macht, daß er die Klagänderung nicht erkannt habe.

Nach ZPO. § 529[2] gilt § 269 (eben wegen der Fiktion der Einwilligung) auch für die Berufungsinstanz.[19])

---

[18]) Und dies auch, wenn es sich um einen Wechsel der Anspruchssubjekte handelt. ERG. Bd. 49 Nr. 93 (oben N. 12).

[19]) ERG. Bd. 51 Nr. 24. Gewiß kann der Kläger selbst nicht rügen, daß das Gericht eine Klagänderung angenommen und doch über die geänderte Klage erkannt habe. ERG. Bd. 53 Nr. 10.

III. Ist die Klageänderung zugelassen oder kann sie nicht mehr gerügt werden, so ist nun die geänderte an Stelle der ursprünglichen Klage getreten; über letztere ist also nicht mehr zu entscheiden. Ist aber die Klageänderung unzulässig, so muß über den ursprünglichen Anspruch entschieden werden; jedoch kann es sein, daß in der Klageänderung zugleich ein Verzicht auf den Anspruch oder eine (nach ZPO. § 271 zulässige) Rücknahme der ursprünglichen Klage gelegen ist.

Ob ein Verzicht oder eine Klagrücknahme vorliege, ist nach dem einzelnen Fall zu beurteilen. Eine Vermutung streitet für die Klagrücknahme nicht.

Das Gesagte gilt auch für eine der nach ZPO. § 268 Nr. 2 oder Nr. 3 zulässigen Änderungen; eine Entscheidung über die Klage in ihrer ursprünglichen Gestalt ist auch hier ausgeschlossen; es ist nur noch über die abgeänderte Klage zu entscheiden.

Ein teilweiser Verzicht auf den Anspruch fällt nicht unter § 268, sondern unter § 306 ZPO.

Nach anderer Meinung ist zu unterscheiden, ob in der Beschränkung ein teilweiser Verzicht zu finden oder eine teilweise Rücknahme, und soll in letzterem Falle § 271 ZPO. Platz greifen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch die Beschränkung des Antrages eine Änderung der Klage, nur eben eine zulässige (vgl. oben I 1), und hat wie jede statthafte Klageänderung die Folge, daß die abgeänderte Klage an Stelle der ursprünglichen tritt; die ursprüngliche Klage wird nicht zurückgenommen, sondern umgewandelt.

IV. Wird die Klageänderung zugelassen, so kann doch nun infolge davon das Prozeßgericht unzuständig werden; es ist nicht darum für die geänderte Klage zuständig, weil es für die ursprüngliche zuständig war.

ZPO. § 263 Nr. 2 ist hier nicht anwendbar, da nach § 281 ZPO. die Rechtshängigkeit des abgeänderten Anspruches erst mit dem Vortrage in der mündlichen Verhandlung eintritt.

Für die sachliche Zuständigkeit gibt ZPO. § 506 eine besondere Vorschrift (vgl. oben § 88 V). Wenn nämlich durch die nach ZPO. § 268 Nr. 2 oder 3 zulässige Änderung der Klage das Amtsgericht nicht mehr zuständig ist, so hat es auf Antrag einer Partei, der aber nur vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache gestellt werden kann, durch unanfechtbaren Beschluß den Rechtsstreit an das Amtsgericht zu verweisen.

Für den Fall, daß aus analogem Grunde das Landgericht unzuständig wird, hat das Gesetz keine besondere Bestimmung getroffen. Es ist dann gemäß § 276 ZPO. der Rechtsstreit auf Antrag an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirkes zu verweisen. Man könnte allerdings aus dem Schweigen des Gesetzes auch den Schluß ziehen, daß die Beschränkung des Antrages auf die Zuständigkeit des Gerichtes ohne Einfluß sei. Aber der Kläger könnte dann, wenigstens in allen Fällen, in denen sich die Zuständigkeit nach dem Werte des Streitgegenstandes bestimmt, das Landgericht wider den Willen des Beklagten dadurch zuständig machen, daß er in der Klage einen die Zuständigkeit des Amtsgerichtes überschreitenden Antrag stellte und ihn dann in der mündlichen Verhandlung beschränkte.

Auch in *örtlicher* Beziehung kann das Gericht unzuständig werden, wenn der Klaggrund geändert und ein Gerichtsstand bei diesem Gerichte nur für die ursprüngliche Klage, nicht für die abgeänderte gegeben ist; dann kann also aus *diesem* Grunde die Abweisung der Klage verlangt werden.

Z. B. die Klage war im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung erhoben, dann wird die Klage auf Vertrag oder ungerechtfertigte Bereicherung gegründet.

Die *Einwilligung* in die Klagänderung — auch die fingierte nach ZPO. § 269 — wirkt aber zugleich als Prorogation, sofern eine solche möglich ist: eine Klagänderung ist also *nie* zulässig, wenn für die abgeänderte Klage die *ausschließliche* Zuständigkeit eines anderen Gerichtes begründet ist.

Z. B. der ausschließliche dingliche Gerichtsstand nach ZPO. § 24.

§ 88b.

Fortsetzung. Einrede der Rechtshängigkeit.[1])

I. Mit der (prozessualen) Einrede der Rechtshängigkeit (s. oben § 88 IV) macht der Beklagte geltend, daß über dieselbe Sache, über die schon in einem anderen anhängigen Rechtsstreite Entscheidung begehrt sei, nicht noch einmal Entscheidung begehrt werden dürfe. Wie die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache (oben § 61 B VII), so soll auch die Einrede der Rechtshängigkeit eine mehrfache Entscheidung über dieselbe Sache verhüten; sie ist nur gerechtfertigt, insoweit in dem schon anhängigen Rechtsstreite eine der *materiellen Rechtskraft fähige* Entscheidung erzielt werden kann; sie hat den gleichen objektiven Umfang wie die materielle Rechtskraft der begehrten Entscheidung. (Vgl. oben § 61 B II.)[2])

Damit ist aber *nicht* gesagt, daß die Einrede der Rechtshängigkeit überall da begründet wäre, wo sich der Beklagte auf die rechtskräftige Entscheidung der Sache berufen könnte.[3])

Denn die Einrede der Rechtshängigkeit ist nur begründet, wenn *dieselbe* Streitsache anhängig gemacht wird; aber die rechtskräftige Entscheidung kann von Be-

---

[1]) S. oben § 88 N. 1 und unten § 89 I, III.

[2]) Daher ist auch, wenn nur ein Teil eines Anspruches eingeklagt ist, gegenüber einer Klage wegen des anderen Teils die Einrede der Rechtshängigkeit *nicht* begründet; vgl. oben § 61 B II 3. Ist dagegen auf Schadensersatz geklagt, so steht einer Klage auf Ersatz eines weiteren Schadens wegen desselben schädigenden Ereignisses (z. B. auf Grund des Haftpflichtgesetzes) die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. ERG. Bd. 47 Nr. 104.

[3]) So auch ERG. Bd. 50 Nr. 105. — Ist positive Feststellungsklage erhoben, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der negativen Feststellungsklage — der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens *desselben* Rechtsverhältnisses — begründet, und umgekehrt begründet die negative Feststellungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der positiven; vgl. oben § 61 B III. Aber *nicht* wird durch eine *Feststellungsklage* die Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber einer *Leistungsklage* aus demselben Rechtsverhältnis begründet. ERG. Bd. 26 Nr. 74, Bd. 40 Nr. 98.

deutung werden auch für Ansprüche, die aus dem festgestellten Rechtsverhältnisse abgeleitet werden, oder für Ansprüche, die mit dem festgestellten Rechtsverhältnisse unvereinbar sind (vgl. oben § 61 B IV). In solchem Fall kann eine Aussetzung (ZPO. § 148, vgl. oben § 73) veranlaßt sein.

Durch eine begründete Aufrechnung werden die beiderseitigen Forderungen getilgt; durch den Einwand der Aufrechnung wird also die Gegenforderung nicht rechtshängig; wogegen der Rechtskraft fähig ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht bestehe. ZPO. § 322[3] (vgl. oben § 61 B II 5).

Von Amts wegen ist die Rechtshängigkeit so wenig wie die rechtskräftige Entscheidung zu berücksichtigen[4]) (vgl. oben § 61 B VIII).

II. Die Einrede der Rechtshängigkeit steht beiden Parteien des anhängigen Rechtsstreites zu. Auch der Kläger des anhängigen Rechtsstreites kann sie geltend machen, wenn es der Beklagte ist, der die neue Klage wegen derselben Streitsache erhoben hat.

Z. B. mit Bezug auf dasselbe Rechtsverhältnis wird eine positive und eine negative Feststellungsklage erhoben.

Sie ist aber auch begründet, insoweit das Urteil über die Parteien hinaus gegenüber dritten Personen wirkt: sie hat den gleichen subjektiven Umfang wie die materielle Rechtskraft der begehrten Entscheidung.[5])

III. Die prozessualen Folgen der Rechtshängigkeit können die Anhängigkeit des Rechtsstreites nicht überdauern. Ist der Prozeß durch rechtskräftiges Urteil entschieden, so wird die Einrede der Rechtshängigkeit abgelöst durch die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Man hat sie darum auch als die Vorläuferin dieser Einrede bezeichnet. Die Einrede der Rechtshängigkeit besteht selbstverständlich nach Erlassung des Urteils fort, so lange, bis dasselbe rechtskräftig geworden ist.

Es ist nicht zutreffend, wenn man dem Begriffe der Rechtshängigkeit das Moment der Dauer abgesprochen hat; er bedeutet mehr als bloß den Zeitpunkt, vor welchem gewisse Wirkungen nicht eintreten können.

IV. Auch auf einen bei einem ausländischen Gerichte anhängigen Rechtsstreit kann die Einrede der Rechtshängigkeit gegründet werden, wenn er nur überhaupt zu einem auch im Inlande anzuerkennenden Urteile (ZPO. § 328, vgl. oben § 62) zu führen vermag.

So die herrschende Ansicht.[6]) Nach anderer Meinung[7]) ist die Rechtshängigkeit bei einem ausländischen Gerichte im Inlande überhaupt unbeachtlich. Aber für die Einrede der Rechtshängigkeit kommt es nur darauf an, ob in dem anhängigen Rechtsstreit überhaupt eine der Rechtskraft fähige Entscheidung erzielt werden kann.

---

[4]) Aus der absoluten Natur der Rechtskraft wäre auch auf die absolute Natur der Rechtshängigkeit zu schließen. (Bestritten von Hellwig, Anspruch § 26 III; vgl. auch Schmidt S. 807 N. 2.

[5]) Vorausgesetzt auch in ERG. Bd. 49 Nr. 83. — Dagegen, für strenge Beschränkung auf die Parteien: Planck § 54 bei N. 20; Hellwig, Anspruch § 26 I; zustimmend jetzt auch Seuffert.)

[6]) S. auch RG. in Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 296. ERG. Bd. 49 Nr. 83.

[7]) Hellwig, Lehrbuch § 27 N. 20.

§ 89.

Die prozessualen Voraussetzungen der Klage („Prozeßvoraussetzungen").[1]

Ihren (prozessualen) Zweck, eine Entscheidung über den erhobenen Anspruch herbeizuführen, kann die Klage nur erreichen, wenn gewisse prozessuale Vorbedingungen erfüllt, gewisse, vom Prozeßrecht geforderte Voraussetzungen gegeben sind. Fehlt es daran, so darf eine Entscheidung über den erhobenen Anspruch nicht ergehen, vielmehr muß die Klage als (prozessualisch) unstatthaft, oder, wie der aus dem gemeinen Prozeßrecht überlieferte[2]) und noch immer gebräuchliche Ausdruck lautet, „wie angebracht", „angebrachtermaßen" abgewiesen werden.

Vgl. dazu unten VII.

Ist in diesem Sinne die Klage unwirksam, so sind es auch alle anderen Prozeßhandlungen, welche dazu dienen sollen, die Entscheidung über den Klaganspruch vorzubereiten, die Grundlage für sie zu schaffen; unwirksam ist insbesondere eine Verhandlung über den Klaganspruch.

Gegen die Klage kann sich also der Beklagte auch damit verteidigen, daß es an ihren prozessualen Voraussetzungen fehle: die prozessuale tritt in Gegensatz zur materiellen Verteidigung.

Und die Verhandlung und Entscheidung über die prozessualen Klagbedingungen tritt in Gegensatz zu der Verhandlung und Entscheidung über den Klaganspruch, oder wie man dafür auch sagt, über „die Hauptsache".

Die gemeinrechtliche Jurisprudenz unterschied bereits in gleichem Sinne „formalia causae" und „materialia causae" („die Hauptsache").

Der Beginn der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist in mannigfacher Hinsicht von Bedeutung.

S. ZPO. §§ 39, 274 (vgl. unten VIII und oben § 31 III 2). ZPO. § 271 (unten § 90), ZPO. § 76 (unten § 114).

Über den Begriff der Verhandlung s. oben § 32 II, vgl. § 34 I, § 48 I. Die Stellung des Antrags auf Abweisung der Klage ist für sich allein nicht Verhandlung zur Hauptsache, da er ja gerade auf prozessuale Gründe sich stützen kann. Vgl. im übrigen unten § 93 IV 2.[3])

---

[1]) Hierüber und über den Begriff des Prozeßverhältnisses (XI) — außer dem grundlegenden Buche O. Bülows, Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen (1868) (und dazu Planck, Krit. V.J.Schr. Bd. 11 S. 161 ff.): Wach § 4. Planck §§ 42, 90. Schmidt § 4, §§ 141 ff. Hellwig § 1, §§ 27 ff. und Anspruch § 26. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß (1883) § 23 (S. 285 ff.) und Z. Bd. 12 S. 475 ff. Weismann, Hauptintervention §§ 22, 25. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis (1888); Prozeßrechtliche Forschungen (1889) S. 88 ff. Weizsäcker, Z. Bd. 27 S. 23 ff. Bülow, daselbst S. 201 ff. Im übrigen wird auf die Literaturzusammenstellungen in den Komment. zu ZPO. § 274 (besonders Seuffert, Gaupp-Stein, Petersen-Anger) verwiesen, s. auch Langheineken, Urteilsanspruch § 8 III.

[2]) Daneben bediente man sich auch des Ausdrucks „absolutio ab instantia", Entbindung von der Instanz.

[3]) Birkmeyer, Rechtsfälle (1883) S. 103 ff.

I. Die prozessualen Klagvoraussetzungen, auch kurzweg „Prozeßvoraussetzungen" genannt (vgl. unten XI), sind nun aber folgende:

1. Klagerfordernisse.

a) Die Klage muß in der vorschriftsmäßigen Weise erhoben sein (vgl. oben § 17).

Sie muß nach Inhalt und Form den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Insbesondere muß die Klagschrift den in § 253[2] ZPO. bezeichneten wesentlichen Inhalt haben. Die Klagschrift muß in ordnungsmäßiger Weise zugestellt sein.

b) Kläger und Beklagter müssen parteifähige Personen sein (vgl. oben § 23).

c) Es muß die Klage von einer prozeßfähigen Partei oder, wenn der Kläger prozeßunfähig ist, von ihrem gesetzlichen Vertreter erhoben sein; ebenso muß, wenn der Beklagte prozeßunfähig ist, die Klage gegenüber seinem gesetzlichen Vertreter erhoben, die Klagschrift also an seinen gesetzlichen Vertreter zugestellt sein (vgl. oben §§ 24, 77).

d) Ist die Klage nicht von oder gegenüber diesen Personen selbst, sondern von oder gegenüber einer anderen Person als ihrem gewillkürten Vertreter erhoben, so muß diese Person zur Stellvertretung befugt, sie muß bevollmächtigt und die Vollmacht in der gehörigen Weise nachgewiesen sein (vgl. oben §§ 25, 78).

Die von oder gegenüber einem Vollmachtlosen erhobene Klage ist also gleichfalls als unstatthaft abzuweisen.[4])

Wird die von einem Vollmachtlosen erhobene Klage als unstatthaft abgewiesen, so ist der vollmachtlose Vertreter in die Prozeßkosten zu verurteilen, ZPO. § 89. Vgl. oben § 78 II. Denn die Klage, die von ihm erhoben, ist seine Prozeßhandlung (s. oben § 78 I 1), die als Prozeßhandlung des Vertretenen nur dann gelten würde, wenn dieser Vollmacht erteilt hätte; da er aber Vollmacht nicht erteilt hat, so bleibt die Klage einzig und allein seine Handlung, die nun, weil sie für den Vertretenen nicht wirksam werden kann, überhaupt unwirksam bleibt. Der vollmachtlose Vertreter ist daher in Hinsicht auf die Prozeßkosten so zu behandeln, als ob er Partei wäre.[5])

Vollmachtloser Vertreter im Sinne des § 89 ist auch derjenige, der als gesetzlicher Vertreter einer prozeßunfähigen Partei Klage erhebt, ohne es in Wirklichkeit zu sein. Denn seine Prozeßführung könnte nur durch Genehmigung des wahren gesetzlichen Vertreters wirksam werden. ZPO. § 56 bezieht sich also auf diesen Fall nicht. Vgl. oben § 77 IV.

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist die erhobene Klage schon an sich, als Prozeßhandlung, unwirksam, es ist keine weitere Ver-

---

[4]) Komment. zu ZPO. §§ 88, 89. Vgl. die Zitate oben § 78 N. 5 und dazu noch Friedländer, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 85 S. 332 ff. Hellmann, Z. Bd. 27 S. 261 ff.

[5]) Diese Frage ist äußerst bestritten. Dagegen besonders Gaupp-Stein zu § 88 ZPO. III B b. S. die Literatur in N. 4. (Übersichtliche Zusammenstellung z. B. bei Seuffert zu § 88 ZPO. N. 3a.) Man streitet auch darüber, auf wessen Namen das Urteil abzustellen sei. Am besten wird wohl das Sachverhältnis so ausgedrückt, daß die von dem Vollmachtlosen „im Namen der Partei erhobene Klage" abgewiesen wird.

handlung und Entscheidung, auch nicht über eine der anderen Prozeßvoraussetzungen, möglich. Es empfiehlt sich darum, diese Voraussetzungen als „Klagerfordernisse" besonders herauszuheben.[6])

2. Unter besonderen Umständen ist die Wirksamkeit der Klage noch durch eine vom Kläger zu erbringende Leistung bedingt, und braucht sich, wenn diese nicht erfolgt, der Beklagte auf die Klage nicht einzulassen.

a) Ist der Kläger Angehöriger eines fremden (nicht dem Deutschen Reiche angehörigen) Staates, so muß er der Regel nach (von den in § 110 Nr. 2—5 bezeichneten Klagen abgesehen) dem Beklagten auf sein Verlangen Sicherheit für die Prozeßkosten leisten (vgl. oben § 26), es sei denn, daß nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist. ZPO. § 110[2] Nr. 1.[7])

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt, wobei der vom Beklagten wahrscheinlich aufzuwendende Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen ist. ZPO. § 112.

b) Klagen der Minderheit einer Aktiengesellschaft, die aus der Gründung gegen die dafür verantwortlichen Personen hergeleitet werden, müssen (HGB. § 269[3]), Klagen auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft können (HGB. § 272[3]) auf Verlangen von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

Diese Bestimmungen gelten (HGB. § 320) auch für Kommanditgesellschaften auf Aktien.

c) Ist wegen derselben Sache vom Kläger schon früher einmal eine Klage gegen denselben Beklagten erhoben, aber wieder zurückgenommen worden, so braucht sich auf die wiederholte Klage der Beklagte nicht einzulassen, wenn ihm der Kläger die Kosten des früheren Prozesses, zu deren Erstattung er verpflichtet ist, noch nicht gezahlt hat. ZPO. §§ 271[4], 274 Nr. 6 (darüber vgl. unten § 90 IV 2). Die Erstattung der geschuldeten Prozeßkosten gehört also, wenn sie vom Beklagten gefordert wird, in solchem Falle zu den Prozeßbedingungen der Klage.

Die Erstattung der Kosten kann der Beklagte selbstverständlich dann nicht fordern, wenn er sie selber übernommen hat; aber auch dann nicht, wenn die Rücknahme der Klage auf seine Veranlassung und in seinem Interesse erfolgt ist, wenn er insbesondere durch das Versprechen freiwilliger Leistung den Kläger zur Rücknahme der Klage bestimmt hat.

---

[6]) So schon in meiner Hauptintervention § 25; zustimmend Schmidt S. 795. — Daß vor der Einrede der Unzuständigkeit die Form der Klage zu prüfen sei, hat wiederholt das Reichsgericht entschieden. ERG. Bd. 34 Nr. 103, Bd. 44 Nr. 85.

[7]) Dazu ist zu bemerken: es kommt nur darauf an, ob im gleichen Fall der deutsche Kläger im Ausland zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, einerlei, ob in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden gemacht wird oder nicht. ERG. Bd. 51 Nr. 1 (Vereinigte Zivilsenate).

Ist der Beklagte im Verzug der Annahme oder hat er eine Kostenrechnung nicht gestellt, so kann er sich gleichfalls auf den mangelnden Ersatz der Prozeßkosten nicht berufen; denn es liegt an ihm selber, daß sie noch nicht gezahlt sind.

3. Der Beklagte braucht sich auf die Klage nicht einzulassen, wenn die Streitsache unter denselben Parteien schon anderweit rechtshängig ist; er hat dann gegen die Klage „die Einrede der Rechtshängigkeit". Von dieser Folge der Klagerhebung ist schon oben die Rede gewesen. Aber auch durch die Zustellung eines Zahlungsbefehles im Mahnverfahren wird die geltend gemachte Forderung rechtshängig. ZPO. § 693.

Denn der Vollstreckungsbefehl, zu welchem das Mahnverfahren führen kann, steht in seinen Wirkungen einem Endurteile gleich; ZPO. § 700. (Für den Fall des Widerspruches gegen den Zahlungsbefehl s. ZPO. §§ 696, 697.) Vgl. unten § 121.

4. Soll die Klage zu einem Urteil über den geltend gemachten Anspruch führen, so muß dem Prozeßgerichte die Urteilsgewalt in dieser Sache und sie muß ihm gegenüber diesem Beklagten zustehen.

a) Das Prozeßgericht muß in sachlicher wie in örtlicher Hinsicht zuständig sein. ZPO § 274 Nr. 1.

Von dem Begriffe und von den Voraussetzungen der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit im einzelnen ist schon oben (§§ 28 ff.) ausführlich die Rede gewesen. Besonders ist hier darauf hinzuweisen, daß, soweit eine Prorogation möglich, ein anfänglich nicht zuständiges Gericht dadurch zuständig werden kann, daß der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, mündlich zur Hauptsache verhandelt (ZPO. § 39, vgl. oben § 31).

Das Gericht ist auch dann nicht „zuständig", wenn der Beklagte überhaupt nicht der inländischen Gerichtsbarkeit als Exterritorialer (darüber vgl. oben § 12 IV) oder nicht der ordentlichen Gerichtsbarkeit — als Landesherr oder Mitglied einer landesherrlichen oder einer solchen gleichgestellten Familie (EGVG. § 5) — unterworfen ist (vgl. oben § 12 V).

Das Prozeßgericht kann nicht zuständig sein, wenn die Sache überhaupt nicht zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, sondern zur Zuständigkeit eines besonderen Gerichtes gehört (vgl. oben § 12 II).

b) Die Sache darf nicht zur Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichtes oder einer Verwaltungsbehörde gehören, mit anderen Worten: es muß für die Sache der Rechtsweg zulässig sein, ZPO. § 274 Nr. 2 (vgl. oben § 12 I).

5. Es kann durch einen Schiedsvertrag der Weg der Klage ausgeschlossen sein. ZPO. § 274 Nr. 3.

Schiedsvertrag ist die Vereinbarung der Parteien, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter, und nicht durch die staatlichen Gerichte, erfolgen solle. Eine solche Vereinbarung ist zulässig, soweit die Parteien über den Gegenstand des Streites verfügen, insbesondere also einen Vergleich darüber abschließen können; sie muß sich aber immer auf einen bestimmten Streitgegenstand oder doch wenigstens auf die aus einem bestimmten Rechtsverhältnis sich ergebenden Streitigkeiten beziehen; ein Schiedsvertrag über völlig unbestimmte künftige Rechts-

streitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung. §§ 1025, 1026. Im übrigen s. unten die Lehre vom Schiedsverfahren.

II. Wie sich aus dem Gesagten ergibt, sind die prozessualen Voraussetzungen der Klage zum Teil 1) Erfordernisse der Klaghandlung, als des einleitenden und grundlegenden Prozeßaktes (die oben unter 1. genannten), zum anderen Teile sind es 2) außerhalb der Klaghandlung gelegene Umstände.

Diese letzteren Umstände sind a) zum Teil solche, durch welche überhaupt die Urteilsgewalt des Prozeßgerichtes in dieser Sache und gegenüber diesem Beklagten bedingt ist (Zuständigkeit des Gerichtes, Zulässigkeit des Rechtsweges).

Daneben aber sind b) besondere Umstände möglich, auf Grund deren der Beklagte, wiewohl er an sich der Urteilsgewalt des Prozeßgerichtes unterworfen wäre, doch die Entscheidung dieses Gerichtes ablehnen, dem Urteilsbegehren des Klägers sich widersetzen kann, entweder schlechthin (Schiedsvertrag, Rechtshängigkeit) oder doch insolange nicht der Kläger eine vom Beklagten geforderte Leistung erbracht hat (mangelnde Sicherheit für die Prozeßkosten, mangelnde Kostenerstattung).

Wenn danach zum Teil die Umstände, von denen die Wirksamkeit der Klage abhängt, in Verträgen oder sonstigen Rechtshandlungen bestehen (so die Einrede des Schiedsvertrages, der Prorogation, der Rechtshängigkeit, der mangelnden Kostenerstattung), so können sie darum doch nicht weniger auch von oder gegenüber einem *Rechtsnachfolger* in dem streitigen Rechtsverhältnis (z. B. gegen den Zessionar des Gläubigers, der den Schiedsvertrag oder Prorogationsvertrag abgeschlossen hat) geltend gemacht werden; insofern es nämlich Umstände sind, die *objektiv* der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches entgegenstehen.

III. Die *Rechtshängigkeit* tritt an sich mit der Klagerhebung ein, auch wenn es an den prozessualen Klagvoraussetzungen *fehlen* sollte. Aber gegen die *Einrede* der Rechtshängigkeit kann geltend gemacht werden, daß in dem anhängigen Prozesse ein Urteil über den erhobenen Anspruch doch nicht erreicht werden könne, weil die Klage aus *prozessualem* Grunde *abzuweisen* sei, dies insbesondere dann, wenn die zweite Klage von dem Beklagten des ersten Prozesses erhoben ist (vgl. oben § 88b II); der zweite Prozeß ist dann so lange auszusetzen, bis im ersten Prozesse über die Statthaftigkeit der Klage rechtskräftig entschieden ist.

Hält aber das Prozeßgericht sich selbst für *ausschließlich* zuständig, so hat es konsequenterweise die Einrede der Rechtshängigkeit sofort zu verwerfen.

IV. Soweit die Umstände, von denen die Wirksamkeit der Klage abhängt, *veränderlicher* Natur sind, fragt es sich, ob und was für einen Einfluß es hat, wenn sie sich nach der Klagerhebung ändern. Darüber ist folgendes zu bemerken.

1. Ist das Gericht zur Zeit der Klagerhebung *zuständig*, so bleibt es zuständig, seine Zuständigkeit wird durch eine Änderung in den sie begründenden Umständen nicht berührt. Das ist eine der „Wirkungen der Rechtshängigkeit" (ZPO. § 263[2] Nr. 2), die schon oben (§ 88 V) besprochen wurde.

Es *genügt* aber anderseits, wenn das Gericht beim Schluß der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, zuständig ist, sollte es auch vorher nicht zuständig gewesen sein.[8])

Das darf daraus geschlossen werden, daß jedenfalls nach ZPO. § 39 es nicht erforderlich ist, daß das Gericht schon zur Zeit der Klagerhebung zuständig war. Es wäre ein ungerechtfertigter Formalismus, den Kläger zur Anstellung einer neuen Klage zu nötigen.

2. Würde nach der Klagerhebung durch Gesetz die *Zulässigkeit des Rechtsweges* ausgeschlossen, so wäre eine besondere Bestimmung bezüglich der anhängigen Prozesse zu treffen; sollte es aber an einer solchen fehlen, so wäre auch in den anhängigen Prozessen die gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen.

Es *genügt* anderseits, wenn beim Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, der Rechtsweg zulässig ist, sollte er auch zur Zeit der Klagerhebung (z. B. weil *zunächst* die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einzuholen war) nicht zulässig gewesen sein.[9])

3. Einen *Schiedsvertrag* können die Parteien auch noch im Laufe des Rechtsstreites abschließen. Dann kann sich der Beklagte einer Entscheidung in der Hauptsache widersetzen. Im übrigen kommt es auf den Inhalt der Parteivereinbarung an. Die Parteien können sich im Schiedsvertrage zugleich über die Rücknahme der Klage einigen, oder sie können den Schiedsvertrag in Gestalt eines Vergleiches schließen.

4. Die Einrede der *Rechtshängigkeit* ist nur begründet, wenn der andere Rechtsstreit schon zur Zeit der *Klagerhebung* anhängig war; endigt er, so ist damit auch die Einrede der Rechtshängigkeit beseitigt.

5. *Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten* kann auch noch im *Laufe* des Rechtsstreites verlangt werden, wenn die Voraussetzungen dafür erst nach der Klagerhebung eingetreten sind. ZPO. § 111.

Genauer: „Wenn im Laufe des Rechtsstreites der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruches unbestritten ist."

Eine *weitere* Sicherheitsleistung kann der Beklagte verlangen, wenn sich im Laufe des Rechtsstreites herausstellt, daß die geleistete Sicherheit nicht ausreicht, sei es, daß sie im Werte sinkt (z. B. infolge eines Kursrückganges der hinterlegten Wertpapiere), sei es, daß die Prozeßkosten höher werden, als angenommen war; voraus-

[8]) ERG. Bd. 52 Nr. 36.
[9]) ERG. Bd. 42 Nr. 65 (S. 283).

gesetzt auch hier, daß nicht ein zur Deckung ausreichender Teil des erhobenen Anspruches unbestritten ist. ZPO. § 112[3].

6. Die Einrede der *mangelnden Kostenerstattung* kann möglicherweise erst *nach* der Klagerhebung entstehen, an Stelle der Einrede der Rechtshängigkeit, wenn erst *nach* der Klagerhebung die erste Klage zurückgenommen worden ist.

7. Wenn im Laufe des Prozesses eine Partei die *Prozeßfähigkeit* verliert, so verliert damit nicht die Klage ihre Wirksamkeit, die Sachentscheidung wird nicht ausgeschlossen, sondern es wird nur das Verfahren unterbrochen. ZPO. § 241. Man kann also nicht sagen, daß die Prozeßfähigkeit der Parteien als solche — ihre *dauernde* Prozeßfähigkeit — eine „Prozeßvoraussetzung" bilde,[10]) vielmehr kommt es für die Wirksamkeit der Klage nur darauf an, daß sie von und gegenüber einer prozeßfähigen Partei erhoben (an eine prozeßfähige Person zugestellt) sei.

Wird der Kläger prozeßunfähig, nachdem er den Auftrag zur Zustellung der Klage gegeben, aber bevor die Zustellung erfolgt ist, so wird die Gültigkeit der Klagerhebung dadurch nicht berührt. ZPO. § 86.

Entsprechendes gilt für den *Wegfall der Vertretungsbefugnis* eines gesetzlichen Vertreters; auch dadurch wird nur der Prozeß unterbrochen. ZPO. § 241. Vgl. oben § 72 A 3.

8. Wenn ein Verein oder eine Stiftung Partei ist und nach der Klagerhebung die Rechtsfähigkeit und damit die *Parteifähigkeit* verliert, so verliert gleichfalls die Klage nicht ihre Wirksamkeit, sondern tritt Unterbrechung des Verfahrens ein[11]) bis zur Aufnahme durch den Rechtsnachfolger.

Erfolgt aber Liquidation, so bleibt der Prozeß ungestört, wenn der alte Vorstand es ist, welcher die Liquidation besorgt. Werden andere Personen zu Liquidatoren bestellt, so sind die Regeln über einen Wechsel in der gesetzlichen Vertretung anzuwenden.[12]) Vgl. BGB. §§ 45 ff., 73 ff., 88.

9. Der Mangel der Prozeßfähigkeit kann dadurch *geheilt* werden, daß der gesetzliche Vertreter, der Mangel der Vertretungsbefugnis dadurch, daß die prozeßfähige Partei oder eine zu ihrer Vertretung befugte Person nachträglich ihre Genehmigung erteilt. S. ZPO. §§ 56, 89 (vgl. oben §§ 77 II, 78 IV).

In analoger Weise, durch nachträgliche Genehmigung, kann auch der Mangel der Parteifähigkeit geheilt werden, wenn ein Verein, in dessen Namen eine Klage erhoben ist, erst im Laufe des Prozesses die juristische Persönlichkeit erwirbt.

V. Von der Entscheidung über die prozessualen Klagvoraussetzungen ist das Schicksal der Klage in *erster* Linie abhängig. Erst müssen die

---

[10]) So die *herrschende* Lehre.
[11]) Vgl. oben § 72 A I 1.
[12]) Das ergibt die analoge Anwendung des § 243 ZPO.

prozessualen Voraussetzungen der Klage geprüft werden, bevor über den Klaganspruch entschieden werden kann.

1. Kein Zweifel also, daß die Verhandlung über sie einen Bestandteil des Rechtsstreites bildet (vgl. oben § 82 I) und daher eine mündliche (ZPO. § 128) sein muß; auf Grund mündlicher Verhandlung ist über sie durch Urteil zu entscheiden.

2. Und auch für sie gibt es eine Behauptungs- und Beweislast; auch sie sind teilweise vom Kläger, teilweise vom Beklagten zu behaupten und zu beweisen. Es sind hierauf die hinsichtlich des Klaganspruches entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden: die Umstände, welche die Prozeßwirksamkeit der Klage begründen, hat der Kläger, die besonderen Umstände, durch welche sie ausgeschlossen wird, hat der Beklagte zu behaupten und zu beweisen. Vgl. oben § 38.

a) Die Umstände also, welche einen gesetzlichen Gerichtsstand begründen, die Vereinbarung, aus welcher ein gewillkürter Gerichtsstand hergeleitet wird, sind vom Kläger zu behaupten und zu beweisen. Beruft sich der Beklagte auf eine Vereinbarung, durch welche der gesetzliche Gerichtsstand ausgeschlossen sei (vgl. oben § 31), oder behauptet er Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des vom Kläger geltend gemachten Prorogationsvertrages, so trifft ihn die Beweislast.

b) Ist der Rechtsweg für den erhobenen Anspruch nicht ohne weiteres, ist er erst dann zulässig, nachdem die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde angerufen worden ist, so muß, daß dies geschehen, der Kläger beweisen.

c) Verlangt der Beklagte Sicherheit für die Prozeßkosten, so muß der Kläger entweder beweisen, daß er Inländer oder daß er, obwohl Ausländer, von der Sicherheitsleistung befreit ist.[13]) (Zu ZPO. § 110 Nr. 1 vgl. insbesondere, was den Beweis der ausländischen Gesetze angeht, ZPO. § 293.)

d) Wird dem Kläger die Parteifähigkeit bestritten (wird z. B. bestritten, daß der klagende Verein in das Vereinsregister eingetragen sei), so ist es seine Sache, dieselbe darzutun; das gleiche gilt von der Prozeßfähigkeit; und ebenso muß, wer als gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter der klagenden Partei auftreten will, sich über seine Vertretungsbefugnis ausweisen. Prinzipiell muß aber auch behauptet werden, daß dem Kläger nicht weniger die Beweislast dafür obliegt, daß der Beklagte parteifähig, daß er, wenn ihm die Klage persönlich zugestellt ist, prozeßfähig, daß, wenn sie für den Beklagten an einen anderen zugestellt ist, dieser zur Vertretung befugt sei. Denn das alles sind Umstände, von denen in jedem Falle die Wirksamkeit der Klage abhängt. Doch ist auch hier (vgl. oben § 77 III) zu bemerken, daß bei dem erwachsenen Menschen die Geschäfts- und also auch die Prozeßfähigkeit das Normale ist, und daß, wer sie bestreitet, einen Umstand dartun muß, durch welchen sie ausgeschlossen wird. Umgekehrt muß, wer behauptet, daß der Minderjährige ausnahmsweise zufolge eines besonderen Umstandes geschäftsfähig sei, diesen besonderen Umstand (z. B. die Ermächtigung, in Dienst oder Arbeit zu treten, BGB. § 113) erweisen; wird dagegen behauptet, daß die Ermächtigung zurückgenommen sei, so ist wiederum die Rücknahme zu beweisen.

e) Dagegen ist es Sache des Beklagten, einen der besonderen Gründe darzutun,

---

[13]) Denn von seiner Staatsangehörigkeit hängt es ab, ob er ohne weiteres zur Klagerhebung befugt sei. Nach anderer Meinung (vgl. Komment. zu § 274 ZPO.) hat der Beklagte zu beweisen, daß der Kläger Ausländer sei. Jedenfalls wird es dem Kläger weit leichter sein, sich über seine Staatsangehörigkeit auszuweisen.

aus denen dem Kläger die Entscheidung in der Hauptsache zu versagen sei, die er an sich zu fordern berechtigt wäre: er muß also behaupten und beweisen, daß ein Schiedsvertrag abgeschlossen sei, welcher der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches entgegenstehe, daß über dieselbe Sache schon ein Rechtsstreit anhängig, daß schon früher wegen desselben Anspruches eine Klage erhoben und zurückgenommen sei — damit ist zugleich die Verpflichtung des Klägers zur Kostenerstattung begründet — daß sie erfüllt oder aus einem sonstigen Grunde erloschen sei, hat nach allgemeinem Grundsatz (s. oben § 38 II 1) der Kläger zu beweisen.

3. Nun aber gibt es *prozessuale* Klagvoraussetzungen, deren Beachtung durch ein öffentliches Interesse geboten ist. Diese Voraussetzungen hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen, ihren *Beweis*, wenn sie zweifelhaft sind, von Amts wegen zu *fordern*, auch wenn sie von keiner Seite behauptet oder bestritten sind; fehlt es daran, so ist die Klage von *Amts wegen* abzuweisen, auch wenn es von keiner Seite beantragt ist.

Daraus folgt dann weiter, daß ein Geständnis solcher Klagbedingungen für das Gericht nicht maßgebend und eine Eideszuschiebung über solche Klagbedingungen nicht zulässig ist; denn sonst wäre ihre Feststellung den Parteien anheimgegeben. Nicht aber folgt daraus, daß das Gericht sie von Amts wegen zu *erforschen*, die Mittel zu ihrem Beweis sich von Amts wegen zu verschaffen habe. Denn *daß* sie bewiesen werden, das liegt wiederum nur im Interesse der Partei, die das Urteil in der Hauptsache begehrt; das öffentliche Interesse fordert nur, daß kein Urteil in der Hauptsache ergehe, wenn sie nicht festgestellt sind. Es kann daher auch der Beklagte in die Lage kommen, ihr Dasein beweisen zu müssen, sofern er es ist und nicht der Kläger, der das Urteil in der Hauptsache verlangt; das gilt namentlich bei Versäumnis des Klägers. Im übrigen s. darüber die allgemeinen Erörterungen oben § 82 III 1.

4. Über den *Beweis* der *Zuständigkeits*voraussetzungen ist noch besonders das folgende zu bemerken.

Die Entscheidung über die Zuständigkeit ist prinzipiell völlig unabhängig davon, ob und inwieweit der Anspruch begründet ist oder nicht; denn Zuständigkeit des Gerichtes ist erforderlich ebenso zu der Entscheidung, daß der Anspruch unbegründet, wie daß er begründet sei. Das gilt für die sachliche wie für die örtliche Zuständigkeit, für die besonderen nicht weniger wie für die allgemeinen Gerichtsstände. Es kommt auch bei den besonderen Gerichtsständen nur auf den in der Klage *behaupteten* Anspruch an.

Es kommt also z. B. nur darauf an, ob der von dem Kläger behauptete Tatbestand unter den Begriff einer unerlaubten Handlung fällt, nicht aber darauf, ob eine unerlaubte Handlung wirklich begangen ist.

Es kann aber sein, daß ein einzelner Umstand ebensowohl für die Zuständigkeit wie für den Anspruch selbst von Bedeutung ist, und dann ist er schon in Hinsicht auf die Zuständigkeit zu prüfen.[14])

Wenn z. B. der Gerichtsstand des Vertrages nach § 29 ZPO. bei dem Gericht des Ortes begründet ist, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist, so ist für die

[14]) In der Literatur ist diese Frage besonders in Hinsicht auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes (ZPO. § 29) erörtert; vgl. oben § 30a III 7.

Entscheidung über die Zuständigkeit zu prüfen, wo, wenn sie begründet wäre, die streitige Verpflichtung zu erfüllen sein würde, aber nicht zu prüfen, ob sie wirklich begründet ist; die Entscheidung ist also in hypothetischem Sinne zu geben.

5. Die Grundsätze von der Beweiswürdigung sind für die Beurteilung der prozessualen Klagvoraussetzungen dieselben wie für die Entscheidung der Hauptsache. Für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes, sofern dadurch die sachliche Zuständigkeit bedingt ist, gibt § 3 ZPO. eine Vorschrift, welche der oben (§ 44 V) erörterten Bestimmung über die Festsetzung der Höhe eines Schadens (ZPO. § 287) entspricht.

Der Wert des Streitgegenstandes wird danach vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Es kann von Amts wegen die Einnahme eines Augenscheines und die Begutachtung von Sachverständigen, es kann auf Antrag auch eine andere Beweisaufnahme, sofern es sie für erforderlich erachtet, anordnen. ZPO. § 3. Einen unschätzbaren vermögensrechtlichen Streitgegenstand kann es hienach nicht geben.

Nach Gerichtskostengesetz § 15 ist der für die sachliche Zuständigkeit festgesetzte Wert auch für die Berechnung der Gerichtskosten, nach § 11 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte auch für die der Anwaltsgebühren maßgebend; abweichend nur die Bestimmungen des § 9 GKG.

VI. Es fragt sich nun weiter, welche Klagbedingungen im einzelnen von Amts wegen zu prüfen sind.

1. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte ist im staatlichen Interesse geordnet, daher die Zulässigkeit des Rechtsweges von Amts wegen zu prüfen.

2. Von Amts wegen ist die, auf Völkerrecht beruhende, Exterritorialität des Beklagten zu berücksichtigen.

3. Die Tatsachen, die unmittelbar nach Gesetz die (sachliche oder örtliche) Zuständigkeit des Gerichtes begründen, sind von Amts wegen nur insoweit zu prüfen, als eine Prorogation unstatthaft ist. Wo sie unstatthaft ist (insbesondere wo es sich um einen ausschließlichen Gerichtsstand handelt), da besteht auch ein öffentliches Interesse an der Beobachtung der gesetzlichen Zuständigkeitsregel. Vgl. oben § 31.

Bei Versäumnis des Beklagten muß, wo Prorogation zulässig, der Kläger zwar die zur Begründung der Zuständigkeit erforderlichen Tatsachen behaupten, es werden anderseits aber diese behaupteten Tatsachen, ebenso wie die anspruchsbegründenden, als zugestanden angesehen (vgl. unten § 93 IV 6). Damit ist das Gericht zuständig geworden, wenn auch die Behauptung des Klägers unrichtig sein sollte. — Nach ZPO. § 39 wird das an sich unzuständige Gericht dadurch zuständig, daß der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt. Man kann also sagen: insoweit sich das Gericht nicht für unzuständig erklären kann, ist es (nach der Auffassung des Gesetzes) auch allemal zuständig. Unter Zuständigkeit ist hiebei die Zuständigkeit für den konkreten Prozeß (für die Verhandlung und Entscheidung des einzelnen Rechtsstreites) verstanden. Über die verschiedenen in der Literatur vertretenen Auffassungen s. oben § 31 III a. E.

4. Das öffentliche Interesse verbietet es, daß ein Verein, dem der Staat die Parteifähigkeit nicht zugestehen will, als parteifähig be-

handelt werde. Der Mangel der Parteifähigkeit ist von Amts wegen zu berücksichtigen. ZPO. § 56 (vgl. oben § 23).

Wenn es ferner der Staat als seine Aufgabe betrachtet, für die Vertretung geschäftsunfähiger oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen Sorge zu tragen, so hat auch das Gericht von Amts wegen darauf zu achten, daß nicht ein Prozeßunfähiger, und daß für einen Prozeßunfähigen sein gesetzlicher Vertreter prozessiere: der Mangel der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung ist von Amts wegen zu beachten. ZPO. § 56 (vgl. oben § 77 III).

Von Amts wegen ist auch der Mangel der Vollmacht zu beachten, da die Klage, die für den Kläger von einem Nichtbevollmächtigten erhoben oder für den Beklagten an einen Nichtbevollmächtigten zugestellt ist, nicht zu einer den Vertretenen bindenden Entscheidung in der Hauptsache führen kann. Doch ist durch besondere Gesetzesbestimmung das Gericht der Prüfung der Vollmacht enthoben, insoweit die Parteien kraft des Anwaltszwanges durch Rechtsanwälte vertreten sind. ZPO. § 88 (vgl. oben § 78 III).

5. Die Vorschriften über die Form der Klagerhebung sind nur im Interesse des Beklagten gegeben. Nach der allgemeinen Bestimmung des § 295 ZPO (vgl. oben § 84) kann daher der Beklagte auf ihre Befolgung verzichten und wird ein Mangel der Klagform dadurch geheilt, daß bis zum Schlusse der ersten mündlichen Verhandlung auf die Klage der erschienene Beklagte den Mangel nicht gerügt hat.

Vgl. oben § 84 IV Note 14.

Nach § 187 ZPO. kann eine mangelhafte Ersatzzustellung dadurch gültig geheilt werden, daß der Beklagte tatsächlich die Klagschrift erhält. Vgl. oben § 71 VI A 3 a. E.

6. Alle die besonderen Umstände, auf Grund deren sich der Beklagte der Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache erwehren kann — der Abschluß eines Schiedsvertrages, die Rechtshängigkeit der Sache, die mangelnde Sicherheit für die Prozeßkosten, die mangelnde Kostenerstattung — finden nur Beachtung, wenn sie vom Beklagten geltend gemacht sind.

Von Amts wegen ist insbesondere auch nicht die Rechtshängigkeit zu berücksichtigen; aus denselben Gründen, aus denen auch die rechtskräftige Entscheidung der Sache nicht von Amts wegen zu beachten ist. Vgl. oben § 88b I Note 4.

VII. Die Abweisung der Klage, die bei einem Mangel in den prozessualen Klagvoraussetzungen, aus prozessualem, „formalem" Grunde, erfolgt, steht in Gegensatz zu dem Urteil, welches die Klage als „unbegründet", aus „materiellem" Grunde abweist; die Klage wird nur so, „wie sie angebracht ist" (vgl. oben), abgewiesen, das will sagen: es wird nicht über den Anspruch selbst entschieden; seiner anderweiten Geltendmachung steht nicht, wie bei einer Abweisung der Klage aus materiellem Grunde, der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen.

An sich ist auch bei mangelnder *sachlicher* Zuständigkeit die Abweisung der Klage auszusprechen; auf *Antrag des Klägers* aber ist, wenn sich das Gericht für sachlich (nicht so, wenn es sich für örtlich) unzuständig erachtet, der Rechtsstreit an das sachlich zuständige Gericht (also vom Landgericht an ein bestimmtes Amtsgericht seines Bezirkes, vom Amtsgericht an das übergeordnete Landgericht) zu *verweisen*, mit der Wirkung, daß, wenn das Verweisungsurteil rechtskräftig ist, der Rechtsstreit als dort anhängig gilt. ZPO. §§ 276, 505. Vgl. oben § 88 V.

In *eigentümlicher* Weise gestaltet sich das Urteil, wenn der Beklagte *Sicherheitsleistung* fordert.

Bei *Anordnung* der Sicherheitsleistung hat nämlich das Gericht dem Kläger (durch Beschluß) eine *Frist* zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Nach Ablauf der Frist wird, wenn die Sicherheit nicht geleistet ist (durch *Urteil*), „die Klage für zurückgenommen erklärt" und es treten folglich die Wirkungen der Klagrücknahme (ZPO. § 271[3]) ein (vgl. unten § 90 IV). Die Sicherheit kann aber auch noch *nach* Ablauf der Frist geleistet werden, solange bis die Entscheidung ergangen ist. ZPO. § 113. Vgl. HGB. §§ 269[3], 272[3], 320.

Analogerweise wird auch die mangelnde *Kostenerstattung* noch bis zur wirklich erfolgten Abweisung nachgeholt werden dürfen. Eine Fristbestimmung findet hier jedoch nicht statt.

Bezüglich der Rechtsmittel vgl. ZPO. § 113 mit § 515; s. unten § 98 VII 2.

VIII. Indem die *ältere Prozeßdoktrin* unter den Begriff der exceptio oder Einrede *jedes* Verteidigungsmittel brachte, das *nicht Bestreitung* des Klaggrundes war, gelangte sie dazu, auch jede Verteidigung aus *prozeßrechtlichem* Grunde als exceptio oder Einrede zu bezeichnen.[15]) Dieser Ausdrucksweise ist auch noch die Zivilprozeßordnung gefolgt, indem sie einzelne der erörterten prozessualen Verteidigungsgründe unter dem Namen „*prozeßhindernder Einreden*" zusammenfaßt.[16]) Als solche Einreden sind nach ZPO. § 274[2] *nur* anzusehen:

1. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts;
2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges;
3. die Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe;
4. die Einrede der Rechtshängigkeit;
5. die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten;
6. die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei;
7. die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit, der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Versteht man unter Einrede nur die Geltendmachung selbständiger

---

[15]) *Wetzell* § 14 (bei N. 92 ff.), § 45 (bei N. 2), § 70 (bei N. 12 f., 76 ff.). Dogmengeschichtliche Übersicht bei *Bülow*, Prozeßeinreden S. 18 ff.

[16]) Gegen diese Bezeichnung *Bülow*, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 57 (N. 48), Z. Bd. 27 S. 239. *Fischer*, Recht und Rechtsschutz S. 133 f. *Seuffert*, Z. Bd. 17 S. 315 ff.

Tatsachen, deren Beweis dem Beklagten obliegt, so sind die sogen. prozeßhindernden Einreden (nach dem oben Ausgeführten), zu einem Teil wenigstens, ganz gewiß nicht Einreden in diesem Sinne; vielmehr rügen sie zum Teil nur den Mangel solcher prozessualer Klagvoraussetzungen, die der Kläger zu beweisen hat, zum Teil sogar den Mangel solcher Umstände, die schon von Amts wegen zu prüfen sind. Vgl. oben I, V, VI.

Für die als prozeßhindernd bezeichneten Einreden und nur für diese (nicht auch für die anderen oben angeführten prozessualen Verteidigungsgründe) stellt das Gesetz besondere Regeln auf, und zwar andere für das landgerichtliche, andere für das amtsgerichtliche Verfahren.

A. Im landgerichtlichen Verfahren sind sie

1. gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen. ZPO. § 274[1]. Nachher kann der Beklagte wohl noch in jeder Lage des Verfahrens auf das Fehlen solcher Klagvoraussetzungen hinweisen, die das Gericht auch schon von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. oben VI). Die anderen prozeßhindernden Einreden aber, die dem Beklagten nur in seinem Interesse gewährt sind, die „verzichtbaren" prozeßhindernden Einreden, kann der Beklagte, nachdem er einmal begonnen hat, zur Hauptsache mündlich zu verhandeln, nicht mehr geltend machen, sie sind ihm verloren, der Klagmangel ist geheilt. Nur dann kann er sie noch nachholen, wenn er ohne sein Verschulden nicht im stande war, sie vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen; also wenn sie erst nachher entstanden oder wenn sie ihm, ohne sein Verschulden, nicht früher bekannt geworden sind. Daß es der Fall, hat der Kläger glaubhaft zu machen. ZPO. § 274[3]. (Vgl. oben § 85 VII 1.)

Diese Bestimmung gilt auch für die Einrede der Unzuständigkeit. Auch soweit eine Prorogation möglich, kann der Beklagte doch die Unzuständigkeit des Gerichtes auch noch nach Beginn seiner Verhandlung zur Hauptsache geltend machen, wenn er sich in einem entschuldbaren Irrtum über die Zuständigkeit befunden hat. Das ist allerdings sehr bestritten; nach anderer Auffassung wird mit der Einlassung des Beklagten das Gericht, der Bestimmung des § 39 zufolge, schlechthin zuständig, so daß also auch die Einrede der Unzuständigkeit nicht mehr denkbar wäre.[17]) Aber nach § 39 wird das Gericht zuständig, wenn der Beklagte, „ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen", zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Inwieweit aber die Unzuständigkeit geltend gemacht werden könne, bestimmt der § 274[3].

Mit Einwilligung des Klägers kann in jedem Falle der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede auch noch nach seiner Einlassung geltend machen; ein öffentliches Interesse wird dadurch nicht berührt. Das wird bestritten, weil es sich um eine die Ordnung des Verfahrens betreffende Vorschrift handle. Vgl. oben § 84 IV.

2. Auf Grund prozeßhindernder Einreden ist der Beklagte berechtigt, vorausgesetzt, daß er sie vor Beginn der mündlichen Verhandlung gleichzeitig geltend macht, die Verhandlung zur Hauptsache zu ver-

[17]) Vgl. oben § 31 III 2.

weigern. ZPO. § 275[1].[18]) Er kann eine prozeßhindernde Einrede, die er nicht gleichzeitig mit den anderen vorgebracht hat, immer noch geltend machen, solange er nicht zur Hauptsache mündlich verhandelt hat, aber er kann nun nicht mehr die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.[19])

Die Frage ist bestritten. Nach anderer Meinung[20]) ist eine verzichtbare prozeßhindernde Einrede, die nicht gleichzeitig mit den anderen vorgebracht ist, gerade so verloren, wie eine nicht bis zur Verhandlung zur Hauptsache geltend gemachte. Das wird aus der absoluten Fassung des Gebotes des gleichzeitigen Vorbringens und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gefolgert, stimmt aber nicht mit dem Wortlaut des § 274[2] und auch nicht mit § 39 ZPO.[21])

Im übrigen gelten die Bestimmungen des § 295 auch für die Rüge der Klagmängel (vgl. oben § 84 V); seltsam allerdings, daß hienach ein Mangel der Klagform noch bis zum *Schlusse* der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt werden kann, nachdem wichtigere prozeßhindernde Einreden bereits (durch Verhandlung zur Hauptsache) ausgeschlossen sind. — Die Bestimmungen des § 295 gelten aber an sich auch für solche Rügen, die vom Gesetz als prozeßhindernde Einreden bezeichnet sind, nur daß für diese *noch besondere* Vorschriften getroffen sind. Daraus folgt, daß die verzichtbaren prozeßhindernden Einreden jedenfalls bis zum Schlusse der nächsten mündlichen Verhandlung auf die Klage geltend gemacht werden müssen, später nach § 295[1] (wenn schuldhaft versäumt) nicht mehr vorgebracht werden können, auch wenn noch nicht zur *Hauptsache* mündlich verhandelt ist. Auch das ist bestritten.

3. Wenn auf Grund prozeßhindernder Einreden der *Beklagte* die Verhandlung zur Hauptsache *verweigert*, so muß darüber *besonders* verhandelt und (durch Urteil) *besonders* entschieden werden. Das Urteil ist (vgl. oben VII) *Endurteil*, wenn eine prozeßhindernde Einrede für *begründet* erkannt wird. Es ist *Zwischenurteil*, wenn es die prozeßhindernden Einreden *verwirft*, da ja nun erst in der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden ist. Dieses Zwischenurteil ist aber *selbständig* anfechtbar, mit demselben Rechtsmittel wie ein Endurteil.[22]) Es ist folglich erst, nachdem es rechtskräftig geworden ist, in der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden; denn würde es in der höheren Instanz aufgehoben, so wären Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache vergeblich. Doch kann das Gericht *auf Antrag* anordnen, daß, schon bevor die Rechtskraft eingetreten, zur Hauptsache zu verhandeln sei. Die Ent-

---

[18]) Im späteren gemeinrechtlichen Prozeß waren es seit dem JRA. (§§ 37, 40) nur die sogen. *foridekli natorischen* Einreden (d. h. die prozessualischen Einreden, die „den Gerichtsstand oder die Person des Richters betreffen"), welche den Beklagten von der eventuellen Einlassung (vgl. oben § 51 III) befreiten. *Wetzell* § 71 (S. 972), vgl. § 49 N. 63.

[19]) *Petersen*, Z. Bd. 2 S. 175 ff., Bd. 3 S. 210 ff.

[20]) Und zwar ist diese wohl die *herrschende*.

[21]) Der allgemeine Grundsatz des § 230 ZPO. wird also durch die Sonderbestimmung des § 274 ausgeschlossen. Bei strikter Anwendung des § 230 würde der Beklagte nicht gleichzeitig vorgebrachte prozeßhindernde Einreden nicht mehr geltend machen können, auch wenn er ohne sein Verschulden nicht im stande war, sie gleichzeitig vorzubringen, wohl aber im stande war, sie noch vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen; denn für *diesen* Fall hat der § 274[2] keine Nachholung vorgesehen.

[22]) Über die Prozeßkosten ist aber darin nicht zu entscheiden. ERG. Bd. 13 Nr. 113.

scheidung in der Hauptsache kann dann aber nur unter dem Vorbehalte der endgültigen Entscheidung über die prozeßhindernden Einreden ergehen.

Es empfiehlt sich, diesen Vorbehalt im Urteil zum Ausdruck zu bringen; vorgeschrieben ist es freilich nicht.

Jedenfalls hat das Urteil in der Hauptsache noch keine materielle Rechtskraft (auch wenn es an sich schon formell rechtskräftig geworden sein sollte), solange nicht endgültig über die prozeßhindernden Einreden entschieden ist,[23]) und es wird von selbst hinfällig, wenn in einer höheren Instanz die Klage auf Grund einer prozeßhindernden Einrede abgewiesen wird.[24]) Das ist nicht anders, wenn ein Versäumnisurteil in der Hauptsache ergeht, denn auch ein solches hat zur Voraussetzung, daß nicht eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt für unzulässig erklärt wird.[25])

Das noch schwebende Verfahren in der Hauptsache kann jedenfalls nicht fortgesetzt werden, sobald das die prozeßhindernden Einreden verwerfende Urteil — auf welchem es ja beruht — aufgehoben wird, auch wenn das aufhebende Urteil noch nicht rechtskräftig ist.

Das Urteil kann auch ein durch *Eid bedingtes* sein; vgl. oben § 60 II, § 82 II 5.

4. Abgesonderte Verhandlung über die prozeßhindernden Einreden kann aber auch das *Gericht* anordnen, auf Antrag einer Partei, insbesondere also auch des Klägers, oder von Amts wegen.

Das kann geschehen, wenn der Beklagte prozeßhindernde Einreden vorgebracht, aber doch zugleich schon eventuell zur Hauptsache verhandelt hat oder verhandeln will, es kann auch geschehen, wenn der Beklagte prozeßhindernde Einreden nicht vorgebracht hat und das Gericht einen *von Amts wegen* zu prüfenden Umstand von sich aus zur Verhandlung bringen will. Vgl. ZPO. § 139[2].

Auf Grund der *abgesonderten* Verhandlung muß auch in solchem Falle durch ein *besonderes*, selbständig durch Rechtsmittel anfechtbares, *Urteil* entschieden werden.

Ein *Recht* auf besonderes Urteil gewinnen die Parteien durch die gerichtliche Anordnung nicht; dieselbe kann also — der allgemeinen Regel entsprechend, oben § 79 IV 1 — auch wieder aufgehoben werden; dann kann natürlich immer noch — wenn er noch nicht mündlich zur Hauptsache verhandelt hat — der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Ein Zwischenurteil über einzelne prozeßhindernde Einreden kann auch auf Grund des § 303 ZPO. erlassen werden; ein solches Zwischenurteil kann erlassen werden, ohne daß eine abgesonderte Verhandlung stattgefunden hätte; aber es ist nicht selbständig wie ein gemäß § 275 ZPO. erlassenes durch Rechtsmittel anfechtbar.[26]) Anderseits muß ein jedes Urteil, das auf Grund des § 275 ZPO. vom Gerichte er-

---

[23]) Vorher ist es auch nicht (auch nicht vorläufig) vollstreckbar. ERG. Bd. 15 Nr. 92.

[24]) Das ist jetzt fast allgemein angenommen. So auch ERG. Bd. 5 Nr. 121, Bd. 15 Nr. 92.

[25]) Anders entscheidet ERG. Bd. 14 Nr. 97.

[26]) Die Entscheidung über die prozeßhindernden Einreden ist *Zwischenstreitsurteil*, für das die besonderen Bestimmungen des § 275 gelten, wenn die hier bezeichneten Voraussetzungen gegeben sind. Daß die prozeßhindernden Einreden Gegenstand eines Zwischenstreites sein können, wird bestritten von *Wach*, Vorträge S. 119 f., *Gaupp-Stein* zu ZPO. § 303. (Diese Ansicht auch vertreten in *meiner* Hauptintervention § 25 N. 33.) — ERG. Bd. 15 Nr. 110 betrachtet das Urteil als vorabentscheidendes Zwischenurteil. Vgl. dazu oben § 82 II 3.

gangen ist, selbständig durch Rechtsmittel angefochten werden können, auch wenn der § 275 zu Unrecht angewandt ist.[27])

Nicht selbständig durch Rechtsmittel anwendbar, sondern ein gewöhnliches Zwischenurteil ist ein Urteil, durch welches die Höhe einer vom Kläger zu leistenden Sicherheit festgesetzt wird. Leistet der Kläger die Sicherheit nicht, so kann er das Urteil, welches die Klage für zurückgenommen erklärt, aus dem Grunde anfechten, daß die Sicherheit zu hoch bemessen sei. Dagegen ist der Beklagte zu einer Anfechtung nicht in der Lage, wenn die Festsetzung nicht seiner Forderung genügt.

5. Hat der Beklagte mit der Geltendmachung einer prozeßhindernden Einrede eventuell (d. h. für den Fall, daß sie verworfen wird) auch schon gleich zur Hauptsache verhandelt, so kann selbstverständlich das Gericht gleich in der Hauptsache entscheiden, wenn es die prozeßhindernden Einreden verwirft.

6. In einer Beziehung ist aber die Anfechtbarkeit der Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit beschränkt, sie mag durch Zwischenurteil oder zugleich mit der Entscheidung in der Hauptsache (ausdrücklich oder stillschweigend) im Endurteil erfolgt sein; es kann nämlich nicht ein Rechtsmittel gegen ein Urteil des Landgerichtes (oder gegen das Urteil eines Oberlandesgerichtes, durch welches ein Landgericht für zuständig erklärt wird) darauf gegründet werden, daß das Amtsgericht zuständig gewesen wäre (ZPO. § 10). Das Bedürfnis einer Anfechtung aus diesem Grunde erkennt das Gesetz um deswillen nicht an, weil es in dem Landgericht das präsumtiv besser besetzte Gericht sieht.

B. Im amtsgerichtlichen Verfahren können prozeßhindernde Einreden auch nacheinander und in jeder Lage des Prozesses geltend gemacht werden, ausgenommen nur die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes; für diese gilt auch im amtsgerichtlichen Verfahren die Vorschrift, daß sie vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sei; auf den Mangel der sachlichen Zuständigkeit hat der Amtsrichter den Beklagten vor seiner Verhandlung zur Hauptsache aufmerksam zu machen; doch geht, auch wenn es nicht geschieht, durch die Verhandlung zur Hauptsache die Einrede verloren.

Es darf auch nicht, im amtsgerichtlichen Verfahren, der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache auf Grund prozeßhindernder Einreden verweigern; doch kann das Gericht abgesonderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amts wegen anordnen, dann gilt auch hier die Vorschrift des § 275[2] ZPO.

IX. Die Abweisung der Klage muß erfolgen, wenn auch nur eine der prozeßhindernden Einreden, gleichviel welche, liquid steht — eine Reihenfolge in der Prüfung der prozeßhindernden Einreden ist gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Es wurde aber schon oben aus der Natur der Sache abgeleitet, daß

[27]) Vgl. unten § 98 I 2. (Anders Hegemann, Z. Bd. 12 S. 350 ff.)

vor allem die Erfordernisse der Klage im engeren Sinne geprüft werden müssen, und daß, wenn es daran fehlt, jede weitere Prüfung ausgeschlossen sei. Es ist also von den prozeßhindernden Einreden in erster Linie die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit, der mangelnden Prozeßfähigkeit und der mangelnden gesetzlichen Vertretung zu prüfen. Bei mangelnder Kostensicherheit oder Kostenerstattung ist dem Beklagten billigerweise das Kostenrisiko in Hinsicht auf sonstige prozeßhindernde Einreden nicht zuzumuten. Die Einrede der mangelnden Kostensicherheit oder der mangelnden Kostenerstattung ist also vor den übrigen prozeßhindernden Einreden zu prüfen.[28])

Im übrigen wäre die Forderung einer bestimmten Reihenfolge in der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen nur unter der Voraussetzung zu rechtfertigen, daß auch die Entscheidung über die prozeßhindernden Einreden der materiellen Rechtskraft fähig wäre — eine Voraussetzung, die nicht zutrifft. (Vgl. unten X.)

Sind mehrere prozeßhindernde Einreden bestritten, so sind der Regel nach die angebotenen Beweise zusammen zu erheben. Unter Umständen aber (bei teilweise kostspieligen und weitläufigen Beweiserhebungen) kann es gerechtfertigt sein, die Beweisaufnahme zunächst zu beschränken.[29])

X. Die formell rechtskräftige Entscheidung über prozeßhindernde Einreden ist für diesen Prozeß maßgebend, bindend auch für die höhere Instanz (nur nicht, wenn es sich um einen von Amts wegen zu prüfenden Umstand handelt, vgl. unten § 98 X 3). Aber sie soll und kann auch nur für diesen Prozeß maßgebend sein, sie hat nur diese Klage zum Gegenstand, steht der Erhebung einer neuen Klage nicht entgegen; mit anderen Worten: sie hat keine materielle Rechtskraft. Denn es könnte die materielle Rechtskraft, uneingeschränkt auf die Entscheidung über die prozessualen Klagvoraussetzungen angewandt, dazu führen, daß die Geltendmachung eines materiell begründeten Anspruches prozessualisch unmöglich würde, was nicht der Wille des Gesetzes sein kann.[30])

So die — auch für das frühere gemeine Recht — herrschende Lehre,[31]) die neuerdings bekämpft wird. Daß § 322 ZPO. sich nur auf den geltend gemachten materiell-

---

[28]) Mannigfach abweichend Levy, Z. Bd. 20 S. 87 ff. und Komment. zu ZPO. § 274.

[29]) Vgl. oben § 41 II.

[30]) Beispielsweise wenn sämtliche in Frage kommenden Gerichte sich für unzuständig erklären (daher gerade die Sonderbestimmung des § 36 Nr. 6, vgl. unten Nr. 2 und die über den Kompetenzkonflikt zwischen Justiz und Verwaltung, GVG. § 17[2], oben § 12 I 2); oder wenn auch nur ein Gericht die Parteifähigkeit verneint hat.

[31]) Wetzell im Eingang des § 47. Bülow, Prozeßeinrede S. 282. Ebenso Wach, Vorträge S. 100. Motive zu Entw. I des BGB. § 191 unter VII. Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 137. Seuffert, Z. Bd. 8 S. 201 (auch Komment. zu § 322 ZPO. Nr. 8). Schmidt, Klagänderung S. 188 f. (auch Lehrb. S. 532 f.) u. a. Für die materielle Rechtskraft der Entscheidung Gaupp-Stein zu ZPO. § 322 IV und die daselbst in N. 34 angeführten Schriftsteller. Die gelegentliche Äußerung in ERG. Bd. 41 Nr. 94 (S. 371) bezieht sich auf das Interesse bei der Feststellungsklage (darüber oben § 61 II 6). ERG. Bd. 40 Nr. 115, bezüglich des Schiedsvertrages, läßt sich hier nicht verwerten, da das Reichsgericht (vor der Novelle, die erst die Ein-

rechtlichen Anspruch bezieht, ist zweifellos; wollte man ihn aber auch analog auf die Entscheidung über die prozessuale Seite der Klage anwenden, so würde sich auch dann nicht ergeben, daß die Entscheidung über die einzelnen Klagvoraussetzungen der materiellen Rechtskraft fähig wäre. Denn als unmittelbarer Gegenstand der Entscheidung wäre dann die prozessuale Wirksamkeit der Klage zu denken: die Frage, ob die Klage zuzulassen oder wie angebracht abzuweisen sei; die Entscheidung über die einzelnen Klagvoraussetzungen gäbe hiefür nur den Grund ab, der gerade nach dem Prinzipe des § 322 der Rechtskraft nicht teilhaftig werden soll.

Bezüglich der Entscheidung über die Zuständigkeit des Gerichtes hat das Gesetz folgende besondere Bestimmungen getroffen:

1. Die rechtskräftige Entscheidung, durch welche sich ein Gericht für sachlich unzuständig erklärt hat, ist auch für jedes andere Gericht bindend, bei welchem nachher die Sache anhängig gemacht wird. ZPO. § 11.

Hat also ein Amtsgericht auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte seine Unzuständigkeit durch rechtskräftiges Urteil ausgesprochen, so darf, wenn dieselbe Sache dann bei einem Landgerichte anhängig gemacht wird, nicht auch dieses sich für sachlich unzuständig erklären. Und zwar auch nicht unter einem anderen Gesichtspunkte.[32])

Die Sonderbestimmung des § 11 wäre überflüssig, wenn jeder Entscheidung über die Klagvoraussetzungen ohnehin schon materielle Rechtskraft zukäme.

Die Vorschrift des § 11 gilt auch für das Verhältnis der Gewerbegerichte und der ordentlichen Gerichte: Gewerbegerichtsgesetz § 28. Bindend ist (nach demselben Paragraphen) für das Gewerbegericht eine rechtskräftige Entscheidung des ordentlichen Gerichtes, welche auf einer Annahme der örtlichen Zuständigkeit des Gewerbegerichts beruht.

2. Wenn für dieselbe Sache verschiedene Gerichte sich durch formell rechtskräftiges Zwischenurteil für zuständig erklärt haben (sogen. positiver Kompetenzkonflikt) oder wenn verschiedene Gerichte, von welchen jedenfalls eines für die Sache zuständig ist, rechtskräftig ihre Unzuständigkeit ausgesprochen haben (der sogen. negative Kompetenzkonflikt), so wird durch unanfechtbaren Beschluß des ihnen zunächst gemeinsam übergeordneten Gerichtes, der auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann — auf Gesuch des Klägers, beim positiven Kompetenzkonflikt auch auf Gesuch des Beklagten — das zuständige Gericht in maßgebender Weise bestimmt. ZPO. § 36 Nr. 5 und 6, § 37.[33])

Ein positiver Kompetenzkonflikt ist sowohl in Bezug auf die sachliche wie die örtliche Zuständigkeit möglich; ein negativer Kompetenzkonflikt kann in Bezug auf

---

rede des Schiedsvertrages unter die prozeßhindernden Einreden aufnahm) die Einrede des Schiedsvertrages als materiellrechtliche Einrede betrachtete; ERG. Bd. 8 Nr. 118, Bd. 10 Nr. 113. Und in der Tat läßt sich, auch jetzt noch, bezweifeln, daß diese Einrede eine rein prozessuale sei. Denn wenn auf der einen Seite durch den Schiedsvertrag der Weg der Klage ausgeschlossen wird, so wird auf der anderen Seite dadurch das materielle Rechtsverhältnis der Parteien dem Schiedsspruch unterworfen. Gegen die rein prozessuale Natur spricht auch die nahe Verwandtschaft des Schiedsrichters mit dem Schiedsgutachter (arbitrator), BGB. §§ 317 ff., vgl. oben § 44 VI.

[32]) Das letztere ist, im Anschluß an eine Bemerkung der Motive, bestritten.

[33]) Vgl. dazu oben § 79 N. 2.

die sachliche Zuständigkeit, wenn die Vorschrift des § 11 ZPO. beachtet wird, nicht eintreten.

Gäbe es eine materielle Rechtskraft der Entscheidung über die Zuständigkeit, so wäre sie durch die Vorschrift des § 36 (Nr. 5 und 6) ZPO. durchbrochen.

Erachtet das übergeordnete Gericht keines der fraglichen Gerichte für zuständig, so weist es das Gesuch ab.

XI. Betrachtet man die Befugnis der Prozeßbeteiligten mit Wirksamkeit gegeneinander Prozeßhandlungen vornehmen zu können, als Ausfluß eines Rechtsverhältnisses (s. oben § 5 V), so kann man die prozessualen Klagvoraussetzungen auch bezeichnen als die Voraussetzungen, unter denen die Klage ein (dreiseitiges) Rechtsverhältnis begründet, vermöge dessen die Prozeßbeteiligten in Bezug auf die Hauptsache Prozeßhandlungen mit Wirksamkeit gegeneinander vornehmen können.[84])

Vielverbreitet ist in der neueren Prozeßliteratur der Begriff der „Prozeßvoraussetzungen" als der Voraussetzungen der Sachverhandlung und Sachentscheidung (der Verhandlung und Entscheidung über den Klaganspruch). Unter Prozeß ist hienach nur das Verfahren in der Hauptsache verstanden, und es wird weiterhin der Prozeß in diesem Sinne als ein Rechtsverhältnis aufgefaßt: die Prozeßvoraussetzungen sind die Voraussetzungen dieses Rechtsverhältnisses, die Voraussetzungen des „Prozeßverhältnisses". Diese Anschauungsweise hat sich am römischen Zivilprozesse entwickelt:[85]) das iudicium muß notwendig zu einer Entscheidung in der Hauptsache führen, die Voraussetzungen für das gültige Zustandekommen des iudicium müssen schon in iure, vom Magistrate, geprüft und festgestellt werden — die Prozeßvoraussetzungen sind die Voraussetzungen eines rechtsgültigen iudicium. Aber diese Auffassung trifft schon für den römischen Prozeß nicht völlig zu und läßt sich auch nicht ohne weiteres auf unseren modernen Prozeß übertragen. Das Endziel des Verfahrens in iure ist, genau genommen, nicht das iudicium, sondern seine Konstituierung, die litis contestatio; das Verfahren in iure dreht sich darum, ob es zu einer litis contestatio kommen und welches ihr Gegenstand sein solle. Unser Prozeß aber wird durch die Klage eröffnet, und darf man überhaupt den Prozeß als ein Rechtsverhältnis auffassen, so wird ein solches schon durch die Klage begründet, auch wenn sie nicht zu einer Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache zu führen vermag. Denn alle die Erscheinungen, von welchen die Auffassung des Prozesses als eines einheitlichen Rechtsverhältnisses ausgeht (eine Mehrheit von Akten oder von Rechtsbeziehungen, die insgesamt einem einheitlichen Zwecke dienen, die Parteistellung, die Möglichkeit einer Rechtsnachfolge in dieselbe u. s. w.), fehlen auch nicht bei dem Verfahren über die „Prozeßvoraussetzungen"; die Prozeßvoraussetzungen wären also nur die Voraussetzungen dafür, daß der Prozeß einen bestimmten Verlauf nehme, daß er sich zum Verfahren in der Hauptsache entwickeln könne. Aber gerade diese Voraussetzungen hängen wesentlich mit der Beschaffenheit des den Prozeß eröffnenden und bestimmenden Aktes zusammen; sie sind andere für die Klage und andere für die römische litis contestatio; beispielsweise wird im Formularprozesse eine bestimmte Person zum iudex bestellt, und die litis contestatio

---

[84]) Dieser Begriff des Prozeßverhältnisses leistet allerdings im wesentlichen nicht mehr, wie der des einheitlichen Verfahrens und der Rechtsstellung der Beteiligten in dem einheitlichen Verfahren. Die Darlegungen dieses Paragraphen basieren im wesentlichen auf dem Begriffe des Verfahrens als einer Handlungsgesamtheit und können des Begriffes des Prozeßverhältnisses entraten.

[85]) Bülow, Prozeßeinreden S. 29 ff.

wäre ungültig, wenn versehentlich eine zum Richteramt unfähige Person bestellt wäre.[36]) Dagegen wird die Klage nicht bei einer bestimmten Person, sondern bei einem bestimmten Gerichte erhoben, daher ist die Klage nicht unwirksam, wenn ein einzelner Richter gesetzlich ausgeschlossen ist.

Gerade in der Stellung, die sie dem „Prozeßgründungsakte" — das ist nach unserem geltenden Prozeßrechte die Klage — zuweisen, prägt sich der Unterschied der Theorien am schärfsten aus. Nach der hier vertretenen Auffassung stellen sich die „Prozeßvoraussetzungen" als die Voraussetzungen dar, welche die Wirksamkeit der Klage bedingen.[37]) Nach der anderen Anschauung erscheint die Klage als gleichgeordnet unter anderen „Prozeßvoraussetzungen", wie Zuständigkeit, Prozeßfähigkeit, Fähigkeit des Richters u. s. w.[38])

Daß zwischen den Prozeßbeteiligten Rechtsbeziehungen bestehen und daß man diese Rechtsbeziehungen in ihrer Gesamtheit als ein Rechtsverhältnis (wie die Gesamtheit der Prozeßhandlungen als ein Verfahren) auffassen kann, ist allerdings zuzugeben. Fragt man aber nach den Subjekten dieses Rechtsverhältnisses und nach seinem Inhalte, so ist so gut wie alles bestritten.

Ist das Prozeßverhältnis ein Verhältnis „unter drei Prozeßsubjekten", ein „dreiseitiges" Verhältnis?[39]) Oder ein Verhältnis nur unter den Parteien?[40]) Oder ist nur ein Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Gericht und ein anderes zwischen dem Gericht und dem Beklagten anzunehmen?[41]) Ist das Prozeßverhältnis ein Inbegriff von Rechten und Pflichten oder von Pflichten (des Gerichts) und Gebundenheiten (der Parteien)? Was ist der Inhalt dieser Pflichten oder Gebundenheiten, in welchem Sinne schließen sie sich zu einer Einheit, zu dem einheitlichen Prozeßverhältnisse, zusammen?[42])

§ 90.

Klagrücknahme.[1])

I. Da ein Rechtsstreit nicht möglich ist ohne eine Klage, über die entschieden werden soll, so endigt die Rechtshängigkeit, wenn die Klage, wirksamerweise, zurückgenommen ist.

---

[36]) Bülow, Prozeßeinreden S. 291.

[37]) S. besonders auch das oben IV 7, 8 über die Prozeßfähigkeit und Parteifähigkeit Gesagte.

[38]) Bülow, Prozeßeinreden S. 5; Z. Bd. 27 S. 243 ff.

[39]) So Wach, Schmidt, Bülow.

[40]) So Kohler.

[41]) So Planck.

[42]) Der wahre Wert, die grundlegende Bedeutung der Bülowschen Schrift ist m. E. von dem Begriffe des Prozeßverhältnisses unabhängig (so auch Fischer, Z. Bd. 10 S. 480). Und auf dem, was ihr wesentliches Ergebnis ausmacht, versucht gerade auch die hier gegebene Darstellung weiterzubauen. — Daß der Prozeß in erster Linie Rechtshandlung sei, ist besonders von A. S. Schultze a. a. O. energisch betont worden (insofern er ihn als Rechtsgeschäft bezeichnet, kann ich allerdings nicht zustimmen). S. auch Fischer a. a. O. und seinen Hinweis auf Bekker, Syst. des heutigen Pandektenrechts Bd. 1 S. 36.

[1]) Komment. zu ZPO. § 271. Planck § 59 vgl. § 57. Schmidt § 68 II. Aus der Spezialliteratur: Birkmeyer, Rechtsfälle S. 1 ff. Schultzenstein, Gruchot Bd. 27 S. 229 ff.

Die Rücknahme der Klage ist die Erklärung des Klägers, daß er eine Entscheidung über seine Klage nicht mehr verlange. Sie ist also wesentlich verschieden von einem Verzicht auf den Anspruch selbst (s. oben § 33). Sie steht einer erneuten Klage wegen desselben Anspruchs nicht entgegen.

Selbstverständlich ist, wie ein teilweiser Verzicht, so auch eine teilweise Klagrücknahme möglich.

II. Eine Rücknahme der Klage ist mit Einwilligung des Beklagten in jeder Lage des Rechtsstreites zulässig, bis zu seiner endgültigen Erledigung, also auch noch nach Erlassung des Urteiles, solange dasselbe noch nicht rechtskräftig geworden ist.

Das letztere ist allerdings nicht unbestritten; nach anderer Ansicht kann nach Erlassung eines Urteils die Klage nicht mehr zurückgenommen werden.[2]) Aber es könnte doch jedenfalls noch in der höheren Instanz, nach Einlegung eines Rechtsmittels, geschehen; warum also nicht vorher?

Ohne Einwilligung des Beklagten aber ist eine Rücknahme der Klage nur so lange zulässig, als nicht der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. Mit der Verhandlung zur Hauptsache gewinnt also der Beklagte ein selbständiges Recht, Entscheidung über die Klage zu verlangen. Dieses Recht hat er nicht, wenn er die Abweisung der Klage aus prozessualem Grunde (also überhaupt keine Entscheidung in der Hauptsache) begehrt. ZPO. § 271[1].

Der Kläger kann folglich auch noch einseitig die Klage zurücknehmen, wenn nach der Verhandlung zur Hauptsache der Beklagte eine unverzichtbare prozeßhindernde Einrede oder auf Grund des § 274[3] nachträglich eine verzichtbare geltend macht.

Ein Streit über die Zulässigkeit der Klagrücknahme ist Zwischenstreit unter den Parteien (vgl. oben § 82 II); das Urteil, daß die Rücknahme unzulässig sei, ist Zwischenurteil, das Urteil aber, das sie für zulässig erklärt, ist Endurteil, da es den Rechtsstreit erledigt.

III. Die Zurücknahme erfolgt entweder mündlich, durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung, oder schriftlich, durch Zustellung eines Schriftsatzes; im letzteren Falle ist dem Gerichte sofort nach der Zustellung dadurch Kenntnis von der Rücknahme zu geben, daß eine Abschrift des Schriftsatzes auf der Gerichtschreiberei niedergelegt wird. ZPO. § 271[2].

Die Niederlegung gehört also nicht zur Form der Rücknahme.

Stets ist die Rücknahme eine einseitige Erklärung, wenn sie auch auf Grund eines Vertrages erfolgt.

IV. Folgen der Klagrücknahme.

1. Die wirksame Rücknahme der Klage hebt die Rechtshängigkeit mit ihren Folgen, ihren zivilprozessualen wie ihren materiellrechtlichen, auf, und zwar mit rückwirkender Kraft; es ist nun so, als ob der Rechtsstreit überhaupt nicht anhängig geworden wäre. ZPO. § 271[3].

---

[2]) Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 76.

Das ist namentlich für die zivilrechtlichen Folgen der Klagrücknahme von Bedeutung; vgl. auch BGB. §§ 212, 941[1] Satz 2, 1341, 1596, 1599. — Über den Einfluß der Klagrücknahme auf eine Widerklage s. unten § 107.

Mit Einwilligung des Beklagten kann die Rücknahme widerrufen werden, mit der Wirkung, daß die Rechtshängigkeit wiederhergestellt wird.

2. Die Klagrücknahme verpflichtet ferner den Kläger, die Kosten des Rechtsstreites zu tragen, soweit nicht darüber schon rechtskräftig erkannt ist (z. B. nach ZPO. §§ 380[1], 390[1]); und der Beklagte braucht sich, bevor ihm die Kosten erstattet sind, auf eine neue Klage wegen desselben Anspruches nicht einzulassen, er hat dagegen die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Kostenerstattung. ZPO. § 271[4] (s. oben § 89 I 2 c).

Er hat diese Einrede auch dann, wenn dem Kläger das Armenrecht bewilligt war;[3]) das Gesetz macht auch für diesen Fall keine Ausnahme, vgl. ZPO. § 117.

Die Pflicht zur Kostenerstattung ist auf Antrag des Beklagten durch Urteil auszusprechen; der Beklagte gewinnt dadurch den nach § 104[4] ZPO. erforderlichen Vollstreckungstitel.

Eben weil der Beklagte noch dieses Urteil beantragen kann, wird durch die Klagrücknahme ein schon anberaumter Verhandlungstermin keineswegs aufgehoben.[4])

V. Hat der Kläger sich zur Rücknahme der Klage verpflichtet, so kann der Beklagte der Fortsetzung des Verfahrens widersprechen; er kann ein Urteil fordern, des Inhalts, daß die Klage als zurückgenommen anzusehen sei.

Das ist bestritten; nach anderer Meinung[5]) hat der Vertrag über die Rücknahme nicht, wie die Rücknahme selbst, direkte prozessuale Wirkung. Aber das dem Beklagten gegebene Versprechen ist, da es ein öffentliches Interesse nicht berührt, bindend, und folglich kann die vertragswidrige Fortsetzung des Prozesses für den Beklagten nicht bindend sein; dieser kann auf der anderen Seite die formelle Erledigung des Prozesses verlangen und die zutreffende Form der Erledigung ist das bezeichnete Urteil, wie sie auch das Gesetz selbst im § 113 verwertet; ZPO. § 894 ist allerdings nicht direkt anwendbar, aber der Gedanke, der ihm zu Grunde liegt, trifft auch für die hier fragliche prozessuale Willenserklärung zu.

§ 91.

Änderungen des Rechtsstreites.

Mit dem Rechtsstreit können, nach Eintritt der Rechtshängigkeit, unbeschadet seiner Identität, gewisse Änderungen vor sich gehen.

I. Die Parteien können wechseln. Das ist möglich durch eine Rechtsnachfolge (Gesamtnachfolge oder Sondernachfolge) in die Parteistellung.

---

[3]) Darüber Sprenger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 71 S. 414 ff. ERG. Bd. 24 Nr. 94. S. ferner das oben in § 89 I 2 c und II Abs. 4 Bemerkte.

[4]) Über den Fall totaler Versäumnis des Klägers s. unten § 93 III 1.

[5]) Hellwig, Anspruch § 24 N. 10.

Ein Wechsel in der Person des Beklagten ist außerdem auch in verschiedenen besonderen Fällen möglich (nach ZPO. §§ 75—77), welche in späterem Zusammenhange zu behandeln sind (vgl. unten §§ 113, 114).

1. Der Gesamtnachfolger tritt von selbst zugleich in das streitige Rechtsverhältnis und in den Rechtsstreit ein, wenn es auch noch eines besonderen Aufnahmeaktes bedarf, um den Fortgang des Verfahrens zu ermöglichen. Es ist darüber schon oben (§ 72 A I) gesprochen worden. Ist für den Beklagten ein Gesamtnachfolger eingetreten, so kann es sein, daß seine Haftung auf den Nachlaß beschränkt und ein entsprechender Vorbehalt in das Urteil aufzunehmen ist (darüber oben § 54 IV 2 b).

Wie eine Sondernachfolge in das streitige Rechtsverhältnis zu einer Nachfolge in den Rechtsstreit führen kann, hat sich gleichfalls aus früheren Erörterungen (oben § 88 VI) ergeben.

Um eine Rechtsnachfolge handelt es sich auch, wenn ein zur Prozeßführung für einen anderen Berechtigter (vgl. oben § 22 I 2) diese Berechtigung verliert. Ist der Konkursverwalter nicht Vertreter des Gemeinschuldners, der Testamentsvollstrecker, der Nachlaßverwalter nicht Vertreter des Erben (vgl. oben § 23 II), so ist es Rechtsnachfolge, wenn an ihre Stelle der Gemeinschuldner, der Erbe tritt.[1])

2. Der Rechtsnachfolger, der in den Prozeß eintritt, muß den Rechtsstreit in der Lage übernehmen, in der er sich zur Zeit seines Eintrittes befindet.

Der Fortgang des Verfahrens beschränkt den Kreis der Prozeßhandlungen, welche die Parteien mit Wirksamkeit vornehmen können. Das führt zum Begriff der Lage des Prozesses, wie er auch für den Beitritt eines Nebenintervenienten (ZPO. § 67) von Bedeutung ist. (S. ferner auch ZPO. § 342 [Wirkung des Einspruchs] und dazu unten § 94 III.) Die Parteien können mit Wirksamkeit immer nur solche Prozeßhandlungen vornehmen, die nicht der Ordnung des Verfahrens und nicht vorangegangenen bindenden Prozeßakten widersprechen (vgl. oben § 76).

Das vorher Geschehene wird anderseits durch den Eintritt eines Rechtsnachfolgers nicht berührt.

Insbesondere bleibt eine Aussage beachtlich, die, bevor er Partei wurde, der Rechtsnachfolger als Zeuge gemacht hat.[2])

3. Ein Streit über die Berechtigung zum Eintritt ist Zwischenstreit. Das Urteil aber, welches den Eintritt versagt, Endurteil. Vgl. oben § 82 II 1.

4. Durch die Rechtsnachfolge kann der Rechtsstreit endigen, sofern sich nämlich dadurch beide Parteirollen in einer Person vereinigen.

Dies gilt bei Sondernachfolge nur dann, wenn der Nachfolger in den Prozeß eingetreten ist; andernfalls ist die Klage abzuweisen. Beispiel: Eine Stadtgemeinde hat als Eigentümerin eines Bauplatzes gegen den Eigentümer eines Nachbargrundstückes Klage erhoben auf Feststellung des Nichtbestehens einer Wegegerechtigkeit und Unter-

[1]) Vgl. dazu Kiehl, Z. Bd. 30 S. 289 ff.
[2]) ERG. Bd. 29 Nr. 89. Darüber Grisebach, Z. Bd. 21 S. 41 ff.

lassung weiterer Störungen; während des Prozesses wird der Bauplatz verkauft; der Erwerber hat auch das Nachbargrundstück vom Beklagten gekauft und mit dem Bauplatz zu einem Grundstück vereinigt.

II. Das Gericht kann wechseln, dadurch, daß der Rechtsstreit vom Landgericht ans Amtsgericht oder vom Amtsgericht ans Landgericht verwiesen wird (ZPO. §§ 276, 505, 506).

III. Eine Änderung des Streitgegenstandes kann sich vollziehen durch eine nach ZPO. § 268 Nr. 2 u. 3 statthafte Änderung des Klagbegehrens oder eine Klagänderung, die durch Einwilligung des Beklagten (ZPO. § 264) oder Unterlassung der Rüge (ZPO. § 269) oder dadurch wirksam wird, daß sie als die Verteidigung nicht wesentlich erschwerend vom Gerichte zugelassen wird (ZPO. § 264; vgl. oben § 88a). Eine Erweiterung des Streitgegenstandes liegt auch in der Erhebung einer Zwischenfeststellungsklage (ZPO. § 280; vgl. unten § 109).

Die Rechtshängigkeit aber eines solchen, im Laufe des Rechtsstreites neu erhobenen Anspruchs tritt erst mit dem Zeitpunkt ein, in welchem er in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird. ZPO. § 281.[3])

Er muß geltend gemacht sein in einer den wesentlichen Erfordernissen einer Klagerhebung entsprechenden Weise; es genügt also nicht die bloße Antragstellung, sondern es bedarf auch des Vortrages des Klaggrundes. — Die Erhebung in der mündlichen Verhandlung ist aber auch in Abwesenheit des Gegners möglich.[4])

Der Anspruch wird noch nicht rechtshängig mit der Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes, in welchem seine Geltendmachung angekündigt wird.

IV. Trotz dieser Änderungen erscheint der Rechtsstreit formell doch immer noch als derselbe, insofern er, durch die Klage in ihrer ursprünglichen Gestalt begonnen, nach wie vor zu deren Erledigung bestimmt bleibt.

§ 92.

Gang des landgerichtlichen Verfahrens erster Instanz.[1])

I. Der Rechtsstreit wird durch die Klagerhebung eröffnet; die Klagerhebung geschieht durch Zustellung der Klagschrift.

1. Die Klagschrift muß den in § 253[2] erforderten — wesentlichen — Inhalt haben (über diesen s. oben § 17 II).

Sie muß (das folgt aus dem Anwaltszwang, s. oben § 25 III) von einem beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalte unterzeichnet sein.

In der Klagschrift soll ferner der Wert des Streitgegenstandes (sofern er nicht auf eine bestimmte Summe geht) angegeben werden, wenn die sachliche Zuständigkeit des Gerichtes davon abhängt. ZPO. § 253[3].

[3]) Vgl. oben § 17 I.
[4]) Darüber noch (bei Erörterung der Widerklage) unten §. 107.
[1]) ZPO. §§ 253 ff.

Die Klagschrift soll zugleich auch der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dienen und daher den allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze genügen. ZPO. § 253[4] (s. oben § 49 II, IV).

2. Da die Klagschrift eine Ladung enthält, so ist sie zunächst zum Zwecke der Terminsbestimmung beim Gerichtschreiber des Prozeßgerichtes einzureichen, ZPO. § 261[1]; der Vorsitzende bestimmt den Termin ohne Prüfung der Klagerforderniſſe (vgl. dazu oben § 70 A I). Alsdann ist es Sache des Klägers, für die Zustellung der Klagschrift Sorge zu tragen, ZPO. § 261[3] (oben § 68 I).

Außer dem Original der Klagschrift, die der Kläger mit der Terminsbestimmung zurückerhält, bedarf es nach dem Gesagten noch zweier Abschriften; die eine verbleibt nach der allgemein für vorbereitende Schriftsätze geltenden Bestimmung des § 133 beim Gericht, die andere ist dem Beklagten mit der Abschrift der Terminsbestimmung — beglaubigt — zuzustellen; s. oben § 49 II, § 71 III.

3. Mit der Zustellung beginnt die Rechtshängigkeit. Sie beginnt, wenn nur die Klagschrift die (in § 253[2] vorgeschriebenen) wesentlichen Bestandteile enthält; ist sie unvollständig, so kann das Fehlende in einem nachträglichen Schriftsatze ergänzt werden. Dann beginnt die Rechtshängigkeit mit der Zustellung des ergänzenden Schriftsatzes.[2])

Ein Mangel der Klagschrift kann übrigens nach ZPO. § 295 geheilt werden (vgl. oben § 84 III 5 und IV).

II. Die Einlassungsfrist (vgl. oben § 69 II) beträgt regelmäßig zwei Wochen, in Meß- und Marktsachen (ZPO. § 30) 24 Stunden; ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so bestimmt der Vorsitzende die (selbstverständlich längere) Einlassungsfrist. ZPO. § 362.

Bis zu der Novelle von 1898 betrug die regelmäßige Einlassungsfrist einen Monat und nur bei der Kammer für Handelssachen (GVG. § 102) 14 Tage.

Ist die unvollständige Klagschrift durch einen nachträglichen Schriftsatz ergänzt, so berechnet sich die Einlassungsfrist nach der Zustellung des ergänzenden Schriftsatzes.

Ist die Einlassungsfrist nicht gewahrt, so kann der Beklagte Vertagung fordern, und ist er nicht erschienen, so kann Versäumnisurteil nicht gegen ihn ergehen. (ZPO. § 335 Nr. 2.)

III. Der Verhandlungstermin soll, im Interesse möglichster Beschleunigung des Verfahrens, nicht weiter hinausgerückt werden, als zur Wahrung der Einlassungsfrist nötig erscheint. ZPO. § 261[3].

Dabei ist natürlich auch die für die Zustellung erforderliche Zeit in Rechnung zu ziehen.

Zu einer kontradiktorischen Verhandlung wird es in der Regel, bei der Kürze der zur Vorbereitung bleibenden Zeit, im ersten Termine noch nicht kommen können; der erste Termin kann also nur den Zweck haben, entweder die Sache möglichst schnell

---

[2]) So auch Struckmann-Koch zu ZPO. § 253. Die Mehrzahl der Komment. verlangt eine neue, die sämtlichen wesentlichen Erforderniſſe enthaltende Klagschrift. Auch die Praxis ist geteilt. Vgl. die Nachweisungen bei Gaupp-Stein zu § 253 IV 2 Note 51.

durch Versäumnisurteil, Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich zu erledigen oder klarzustellen, daß es zu seiner Erledigung kontradiktorischer Verhandlung bedürfe. Insofern gleicht er dem Vortermine der österreichischen ZPO. vom 1. August 1895 (wie er auch von dem Entwurf der Novelle von 1898 in Aussicht genommen war).[3])

IV. Über die Klage ist auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden.

1. Die mündliche Verhandlung wird durch Schriftsätze (§§ 129 ff.) vorbereitet. „Der vorbereitende Schriftenwechsel" (s. oben § 49) dient in erster Linie der Vorbereitung der Parteien; und zwar hat jede Partei solches Verhandlungsmaterial (tatsächliche Behauptungen, Beweismittel, Anträge), worauf der Gegner voraussichtlich sich nicht ohne vorhergehende Erkundigung erklären kann, so zeitig diesem mitzuteilen, daß er noch die erforderliche Erkundigung einziehen kann. ZPO. § 272[1]. Bei einer Vertagung der mündlichen Verhandlung kann das Gericht die Fristen bestimmen, innerhalb deren die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzuteilen sind. ZPO. § 272[2].

2. Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften. ZPO. § 273.

S. ZPO. §§ 128—165; vgl. oben § 48. Die Anträge aber müssen verlesen werden (aus den vorbereitenden Schriftsätzen oder aus besonderem dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schriftsatze), ZPO. § 287, vgl. oben § 50 I 2 a.

3. Behauptungen und Beweise sind nicht in gesonderte Prozeßabschnitte verwiesen (Beweisverbindung s. oben § 51). Neues Vorbringen (tatsächliche Behauptungen, wie Beweisantretungen) ist den Parteien prinzipiell bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung gestattet, auf welche Urteil ergeht („keine Eventualmaxime", s. oben § 51). Beweisaufnahmen können sich so oft wiederholen, als die Verhandlungen ein Bedürfnis dazu ergeben. Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so wird sie durch einen (das Gericht nicht bindenden) Beweisbeschluß angeordnet. ZPO. §§ 278—284, vgl. oben § 41.

4. Durch ein Beweisaufnahmeverfahren wird die mündliche Verhandlung unterbrochen; sie wird nach seiner Erledigung fortgesetzt und erstreckt sich nun auch auf das Ergebnis der Beweisaufnahme. Ist die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt, so ist ihr Ergebnis von den Parteien auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen. ZPO. § 285 (vgl. oben § 43 a, § 48, § 50 I 3).

5. Die zur Beweisaufnahme wie zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung erforderlichen Termine werden von Amts wegen anberaumt, ZPO. § 368. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, so ist der Termin zur Beweisaufnahme von selbst (ohne daß es ausdrücklicher Anordnung bedarf) auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung

[3]) S. darüber Stein in der Deutsch. Juristenzeitung Bd. 5 S. 33 ff. und die hier gegebenen Nachweisungen.

bestimmt. ZPO. § 370. Erfolgt die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so muß ein besonderer Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht (und zwar auch wieder von Amts wegen) bestimmt werden. ZPO. § 370. (Vgl. oben § 68.)

Entweder geschieht es gleich im Beweisbeschlusse, der die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter anordnet oder nach Beendigung der Beweisaufnahme in einem eigenen Beschlusse, der von Amts wegen den Parteien bekannt gemacht wird. ZPO. § 370[2].

6. Das Gericht kann bei mehreren auf denselben Anspruch bezüglichen selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln die Verhandlung zunächst auf eines oder einige derselben beschränken, ZPO. § 146 (vgl. oben § 57 IV), es kann, wenn eine mit der Klagforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang stehende Gegenforderung geltend gemacht ist, anordnen, daß über die Klagforderung und über die Aufrechnung getrennt verhandelt werde. ZPO. § 145 (vgl. oben § 54 II). Es kann diese Anordnungen wieder aufheben. ZPO. § 150.

V. Prozeßhindernde Einreden sind vom Beklagten gleichzeitig und vor seiner Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen; und wenn er auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache verweigert, so ist besonders darüber zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden; dasselbe gilt, wenn das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die abgesonderte Verhandlung anordnet. (ZPO. §§ 274—276, vgl. oben § 89 VIII.)

VI. Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann in Rechnungssachen, Auseinandersetzungssachen und ähnlichen Angelegenheiten das Gericht zunächst ein vorbereitendes schriftliches Verfahren anordnen, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung (ZPO. § 277, vgl. oben § 52).

VII. Urteil.

1. Ist der Rechtsstreit entscheidungsreif, so ergeht Endurteil. ZPO. § 300. (Vgl. dazu oben § 54 I.)

Ist nur ein Teil des Klaganspruchs entscheidungsreif, so ergeht Teilurteil, es sei denn, daß das Gericht die Erlassung eines solchen nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet. ZPO. § 301 (vgl. oben § 54 III). Ist die Aufrechnung einer mit der Klagforderung nicht in rechtlichem Zusammenhange stehenden Gegenforderung geltend gemacht und ist zwar die Klagforderung an sich, aber noch nicht die Aufrechnung entscheidungsreif, so kann über die Klagforderung durch Vorbehaltsurteil entschieden werden. ZPO. § 302. (Vgl. oben § 54 II.)

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden. ZPO. § 304 (vgl. oben § 57 II 1).

Es kann, wenn nur ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel entscheidungsreif ist, ein Zwischenurteil darüber erlassen. ZPO. § 303 (vgl. oben § 57 II 2).

Über Zwischenstreite und deren Erledigung durch Zwischenurteil vgl. oben § 82 II.

Bei der Urteilsfällung dürfen nur diejenigen Richter mitwirken, welche der dem Urteile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben. ZPO. § 309.

Über diese Konsequenz des Mündlichkeitsprinzipes s. oben § 48 X.

2. Das Urteil ist zu *verkünden* (darüber oben § 58 V); die Verkündung erfolgt entweder gleich in dem Termine selbst, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder es wird sofort ein Verkündungstermin anberaumt, der nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll. ZPO. §§ 310—312.

3. War bei der Verkündung das Urteil noch nicht vollständig abgefaßt, so ist es in *vollständiger Form* (ZPO. § 313, vgl. oben § 58 I) innerhalb einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, dem Gerichtschreiber zu übergeben. Das *fertige* Urteil ist von den Richtern, die bei der *Entscheidung* mitgewirkt haben, zu unterschreiben; damit soll die Übereinstimmung des angefertigten mit dem beschlossenen Urteile garantiert werden. Auf dem Urteil ist der Tag der Verkündung vom Gerichtschreiber (durch einen mit seiner Unterschrift versehenen Vermerk) zu beurkunden. ZPO. § 315. (Vgl. oben § 58 V.)

4. Die Fertigstellung des Urteils soll den Parteien durch ein auszuhängendes *Urteilsverzeichnis* bekannt gegeben werden. ZPO. § 316. (Vgl. oben § 58 V.)

Über Erteilung von Ausfertigungen, Auszügen, Abschriften s. ZPO. § $317^{2\,3}$ (oben § 58 V).

5. Die *Zustellung* der Urteile — von der gewisse Wirkungen, insbesondere der Beginn der Rechtsmittelfristen, abhängen (vgl. oben § 65 II), — wird durch Parteibetrieb bewirkt. ZPO. § 317^{1}. (Vgl. oben § 65 IV.)

Ausnahmen für das Verfahren in Ehe- und Kindschaftsprozessen (vgl. unten §§ 118, 119) s. §§ 625, 640, 641.

6. Über Berichtigung offenbarer Irrtümer im Ausdruck, Berichtigung des Tatbestandes, Ergänzung des Urteils (§§ 319—321) s. oben § 58 III, II 7, § 54 VII.

Die Bestimmungen der §§ 309, 310, 312, $317^{2\,3}$ (zu 317^{1} vgl. 329^{3}) sind auf Beschlüsse des Gerichtes, die der §§ 312, $317^{2\,3}$ auch auf Verfügungen des Vorsitzenden sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechend anzuwenden. (Vgl. oben § 65.)

7. *Eidesurteil* s. oben § 60.

VIII. Über *Anerkenntnis*, *Verzicht*, *Vergleich* oben § 33, vgl. § 55.

Das Gericht kann die Erledigung des Rechtsstreites auch auf gütlichem Wege herbeizuführen versuchen. Es kann (nach mündlicher Verhandlung) in jeder Lage des Rechtsstreites auf die gütliche Beilegung des Prozesses im ganzen oder einzelner Streitpunkte hinwirken oder kann die Parteien zum Zwecke des Sühneversuches vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuches kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. ZPO. § 296.

Kommt ein Vergleich zu stande, durch den der geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird, so ist er zu protokollieren. ZPO. § 160² Nr. 1.

IX. Über den Fall totaler Versäumnis im folgenden Paragraphen.

§ 93.

Versäumnisurteil.[1])

I. Eigenartiger Regelung bedarf der Fall, den man als „totale Versäumnis" (vgl. oben § 85 I) bezeichnet; der Fall nämlich, daß eine Partei den Termin zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites gänzlich versäumt, daß sie (nicht bloß unvollständig, sondern) überhaupt nicht verhandelt. Dann ist der erschienene Gegner berechtigt, gegen die säumige Partei ein „Versäumnisurteil" zu verlangen.

In solchem Falle muß eine Urteilsgrundlage künstlich geschaffen werden; denn das Urteil kann sich nicht auf ungewisse einseitige Parteibehauptungen und kann sich doch, nach dem Prinzipe der Mündlichkeit, nur auf das mündlich Vorgetragene gründen. Wie aber einerseits die Folge totaler Versäumung eine besonders weitgehende ist, so ist anderseits die Gefahr einer Versäumung bei einem Verhandlungstermin viel größer als bei einer ausreichend bemessenen Frist zur Vornahme einer einseitigen Prozeßhandlung. Daher denn das Bedürfnis entsteht, die Versäumung auf eine möglichst leichte Weise wieder unschädlich zu machen; das aber kann nicht anders als durch Anfechtung des auf der Versäumung beruhenden Urteiles geschehen: es geschieht durch den Einspruch.

II. Das Versäumnisurteil kann von der säumigen Partei durch einen eigentümlichen Rechtsbehelf angefochten und dadurch in seiner Rechtskraft gehemmt werden, nämlich durch den Einspruch, der lediglich in einer formalen Erklärung besteht und keiner Begründung, insbesondere keiner Entschuldigung der Versäumnis bedarf.

Das Versäumnisurteil steht nach dem Gesagten mit der Mündlichkeit des Verfahrens in innerem Zusammenhang. Es hat sein Vorbild in dem französischen „juge-

---

[1]) Zu vergleichen oben § 85. — Komment. zu §§ 330 ff. (und Vorbemerk.). Planck §§ 130 ff. Schmidt § 77. Wach, Vorträge S. 147 ff. und Gruchot Bd. 36 S. 1 ff. Troll, Das Versäumnisurteil nach der RZPO. (1887). H. Meyer, Z. Bd. 9 S. 305 ff. v. Canstein, Z. Bd. 16 S. 1 ff. — Rechtsvergleichend: Kohler, Prozeßrechtl. Forsch. S. 1 ff.

ment par défaut", das die säumige Partei durch „opposition" — der unser Einspruch nachgebildet ist — anfechten kann; das Défaut-Urteil ergeht auf Antrag des Klägers, wenn der Beklagte keinen Anwalt bestellt oder der bestellte Anwalt nicht im ersten Sitzungstermine erscheint (Code de procéd. civ. art. 149). Es ergeht auf Antrag des avoué des Beklagten gegen den Kläger, wenn dessen avoué in dem ersten Sitzungstermine ausbleibt (art. 154). Vgl. unten VII 4.

Was das Versäumnisurteil von jedem anderen Urteil, dem streitentscheidenden wie dem auf Verzicht oder Anerkenntnis beruhenden, wesentlich unterscheidet, ist nicht sein Inhalt, nicht seine Wirksamkeit, sondern es sind einzig und allein die besonderen Regeln, die für seine Anfechtbarkeit gelten.

Vgl. auch Preuß. AGO. I 8 § 12: „Ein solches Kontumazialerkenntnis hat alle Kraft eines wirklichen Urteils" u. s. w.; bezüglich seiner Anfechtbarkeit aber wird auf die besonderen Regeln des 3. Abschnitts des 14. Titels (über das Restitutionsgesuch) verwiesen.

Im Gegensatz zum Versäumnisurteil pflegt man ein nicht auf Versäumnis beruhendes als kontradiktorisches Urteil zu bezeichnen, wiewohl der Ausdruck für das Anerkenntnis- und Verzichtsurteil nicht paßt.

III. Der Inhalt des Versäumnisurteiles muß notwendig ein verschiedener sein, je nachdem der Kläger oder der Beklagte der säumige Teil ist.

1. Gegen den Kläger ergeht das Versäumnisurteil dahin: „daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei".[2]) ZPO. § 330.

Ist die Klage zurückgenommen, so ist ein Urteil in der Hauptsache und so auch ein Versäumnisurteil nicht mehr möglich.[3]) Nur die Verurteilung des Klägers zur Tragung der Prozeßkosten kann vom Beklagten auch in Gestalt eines Versäumnisurteils[4]) beantragt werden. ZPO. § 271 (vgl. oben § 90 IV 2).

Vorausgesetzt ist dabei, daß die Klagrücknahme dem Gerichte amtlich in der vorgeschriebenen Weise, ZPO. § 271[1 2], bekannt geworden ist.[5])

Der Beklagte kann sich aber auch mit einem beschränkteren Antrag begnügen: er kann Abweisung nur zur Zeit, er kann Abweisung nur aus prozessualem Grunde („Abweisung wie angebracht") beantragen.[6])

Das ist sehr zweifelhaft und sehr bestritten,[7]) weil das Gesetz ausdrücklich allerdings dem Beklagten das Recht auf ein Urteil solchen Inhaltes nicht einräumt. Aber auf der einen Seite muß dem Beklagten auf jeden Fall die Möglichkeit gewährt werden, die Beendigung des Prozesses durch Urteil herbeizuführen, und anderseits ist

[2]) Als Sachurteil hat es materielle Rechtskraft. ERG. Bd. 7 Nr. 120.

[3]) Das ist fast allgemein angenommen. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels (worüber eine Reihe von Reichsgerichtsentscheidungen, s. unten § 94 Note 2) bildet keine Parallele, da sie den Verlust des Rechtsmittels zur Folge hat. ZPO. §§ 515, 566.

[4]) ERG. Bd. 24 Nr. 97 (S. 433). Viel vertreten ist allerdings die Meinung, daß es kein Versäumnisurteil sei, weil es auf der Klagrücknahme und nicht auf der Versäumnis beruhe; vgl. unten § 94 I 3.

[5]) Daß hiezu die Niederlegung der Abschrift des die Klagrücknahme enthaltenden Schriftsatzes nicht genüge, wird (wohl nicht mit Recht) in ERG. Bd. 31 Nr. 100 (S. 405) angenommen.

[6]) So auch Struckmann-Koch, Petersen-Anger zu ZPO. § 330.

[7]) Troll § 23 (S. 96).

nicht einzusehen, weshalb er genötigt sein sollte, ein Urteil zu beantragen, von dem sicher ist, daß es der Kläger mit dem Einspruch anfechten werde und müsse, während er bei einer Abweisung zur Zeit oder aus prozessualem Grunde sich voraussichtlich beruhigen würde.

2. Ist der Beklagte säumig, so ist nicht ohne weiteres dem Klagantrage stattzugeben, sondern die nächste Versäumnisfolge ist die, daß das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen ist; sodann ist zu prüfen, ob und inwieweit sich hienach der Klagantrag als rechtlich begründet darstelle; nach dem Klagantrage wird erkannt, nur soweit er durch das als zugestanden angenommene tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers gerechtfertigt wird; soweit es nicht der Fall ist, wird die Klage abgewiesen. ZPO. § 321.

Nach den meisten partikularen deutschen Prozeßordnungen (z. B. Preußische AGO. I 20 § 19, Hannov. PO. § 367) hatte die Versäumnis des Klägers nur die Folge, daß der Beklagte auf seinen Antrag „von der Instanz zu entbinden", „die Klage wie angebracht" abzuweisen war. (Im übrigen vgl. die historischen Bemerkungen unten VII.) Die ZPO. hat den Beklagten dem Kläger insofern gleichgestellt, als auch ihm es — bei Versäumnis des Gegners — ermöglicht wird, zu einer Sachentscheidung zu gelangen. Freilich entsteht so scheinbar doch wieder eine Ungleichheit, indem bei Versäumnis des Klägers stets die Klage abgewiesen werden kann, also wie man diese Folge auch ausdrücken könnte, ein Verzicht auf den Anspruch fingiert wird, bei Versäumnis des Beklagten aber nicht der Anspruch als anerkannt gilt, sondern nur eine Fiktion des Zugeständnisses der einzelnen klagbegründenden Tatsachen eintritt, also möglicherweise aus Rechtsgründen eine Verurteilung des Beklagten nicht erfolgen kann. Die nächstliegende Erklärung ergibt sich aus der Verschiedenheit der Stellung des Klägers und des Beklagten: dem Kläger liegt es immer ob, seinen Anspruch zu begründen; und ob er rechtlich begründet sei, kann auch in Abwesenheit des Beklagten geprüft werden; die Versäumnisfolge aber soll nie über das notwendige Maß hinausgehen (vgl. oben § 92 IV); ist der Anspruch schon rechtlich unbegründet, so braucht dem Beklagten nicht erst eine Verhandlung darüber zugemutet zu werden. Eine solche Scheidung der Tat- und Rechtsfrage ist dem Kläger gegenüber nicht möglich, da es ganz gleichgültig ist, aus welchem Grunde die Klage abgewiesen wird (ob, weil die tatsächlichen Behauptungen des Klägers nicht bewiesen oder ob sie nicht geeignet sind, den Klangantrag rechtlich zu begründen).

Auch hier aber gilt, wie beim Eide (oben § 45 IV 1), daß juristische Tatsachen auch durch gemeinverständliche Rechtsbegriffe bezeichnet werden können.

Wenn in der Klage der Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses nicht angegeben zu werden braucht, das zu den Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruches gehört (s. oben § 19 II 2 am Ende: z. B. Eigentum an dem herrschenden Grundstück, wenn eine Grunddienstbarkeit, Erbeseigenschaft, wenn eine durch Erbschaft erworbene Forderung geltend gemacht wird), so bedarf es in dieser Hinsicht auch im Versäumnisfall keiner tatsächlichen Substanziierung[8]) — Gegenstand eines Geständnisses (und so auch eines „fingierten") kann auch ein Rechtsverhältnis, kann ferner auch die Höhe eines Schadens[9]) sein (vgl. oben § 35 II 3).

[8]) Zu der entsprechenden Konsequenz wird man vom Standpunkt der Individualisierungstheorie (oben § 19 II) auch für das Rechtsverhältnis gelangen, aus dem der geltend gemachte Anspruch unmittelbar abgeleitet wird. Wach, Vorträge S. 176.

[9]) So die allgemeine Meinung. Dagegen Kohler, Ges. Beiträge S. 424 ff. (aus Gruchot Bd. 31 S. 1 ff.).

Eine notorisch unwahre, eine unmögliche Tatsache aber kann so wenig als zugestanden gelten, wie sie durch ausdrückliches Geständnis festgestellt werden könnte (vgl. oben § 35 V).

Der Klagantrag erscheint auch dann nicht gerechtfertigt, wenn aus den vom Kläger vorgebrachten Tatsachen sich eine Einwendung ergibt, z. B. sein Anspruch, sich als durch Aufrechnung erloschen oder der Vertrag, auf den sich sein Anspruch gründet, sich als simuliert darstellt. Dagegen muß ein aus dem Klagevorbringen sich ergebendes Einrederecht im materiellen Sinne (z. B. Verjährung) unberücksichtigt bleiben, da ein solches nur wirkt, wenn es von dem Berechtigten geltend gemacht wird (vgl. oben § 34 III 3).

IV. Voraussetzungen.

1. Das Versäumnisendurteil setzt die Versäumnis eines Termines voraus, der zur Verhandlung des Rechtsstreites bestimmt war (eines Termines zur obligatorischen mündlichen Verhandlung). Es ist gleichviel, ob der erste Verhandlungstermin versäumt wird oder ein späterer, auf welchen die mündliche Verhandlung vertagt worden, oder der zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist; es kommt auch nicht darauf an, ob vorher schon ein Beweisbeschluß erlassen war oder eine Beweisaufnahme stattgefunden hatte; alle früheren Verhandlungen, alle darin abgegebenen Erklärungen, alle Beweisaufnahmen, alle Zwischenurteile verlieren durch den Erlaß des Versäumnisurteiles ihre Bedeutung. ZPO. § 332.

Sofern jedoch dem Gerichte bei der Erlassung des Versäumnisurteils eine materielle Prüfung obliegt (ZPO. § 332), ist es an die in einem vorhergehenden Zwischenurteil enthaltene Entscheidung gebunden.

Es kann also nicht, nachdem es den Klaggrund durch Zwischenurteil (ZPO. § 303) festgestellt hat, die Klage abweisen, weil durch die klagbegründenden Tatsachen der Klagantrag nicht gerechtfertigt sei. Und umgekehrt, wenn es einen Klaggrund durch Zwischenurteil verworfen hat, kann es nicht daraufhin den Beklagten verurteilen.

Endurteile aber werden durch die Versäumung nicht berührt; es bleiben also bereits erlassene Teilurteile bestehen und ebenso durch Eid bedingte Endurteile.[10]).

Unter Umständen muß also der Richter ein dem Ergebnis des seitherigen Verfahrens zweifellos widersprechendes Urteil fällen; auch kann es sein, daß, wenn Einspruch eingelegt wird, das ganze frühere Verfahren wiederholt werden muß (insbesondere auch die Beweisaufnahmen, jedenfalls insoweit sie nicht protokolliert sind), falls nämlich ein Wechsel in der Besetzung des Gerichtes eingetreten ist oder ein Richter sich des früher Verhandelten nicht mehr erinnert. Aber es ist anzuerkennen, daß der Grund, der für die besondere Behandlung der totalen Versäumnis maßgebend ist, ebenso wie für den ersten auch für jeden späteren Verhandlungstermin zutrifft.[11])

Nach französischem Prozeßrecht[12]) wird dadurch, daß im ersten Sitzungstermin die Anwälte ihre conclusions motivées verlesen, das Verfahren für seinen ganzen

---

[10]) Vgl. unten XIII.
[11]) Vgl. dazu Wach, Vorträge S. 181 f.
[12]) Garsonnet Bd. 2 §§ 682 ff.

Verlauf kontradiktorisch, so daß, wenn in einem späteren Termin eine Partei ausbleibt, ein Défaut-Urteil nicht mehr ergehen kann. Die hannöversche Zivilprozeßordnung (§ 370) ließ zwar ein „Ungehorsamsurteil" gleichfalls bei Versäumung auch eines späteren Termines zu, aber mit folgender Beschränkung (§ 370[2]): „Insoweit eine Partei jedoch bereits mündlich verhandelt hat, ergreift das Ungehorsamsurteil lediglich dasjenige fernere Vorbringen, wozu sie berechtigt bezw. verpflichtet war." — Ganz anders die österreichische Zivilprozeßordnung von 1895; danach sind (§ 399) „bei der Urteilsfällung nicht bloß die Ergebnisse vorausgegangener Beweisaufnahmen, sondern auch die früheren Erklärungen und tatsächlichen Angaben der nunmehr säumigen Partei zu berücksichtigen, insofern die letzteren in überreichten vorbereitenden Schriftsätzen, im Verhandlungsprotokolle und dessen Anlagen oder im Protokolle beauftragter oder ersuchter Richter beurkundet sind oder den Gegenstand einer vom Gerichte bei einer früheren Tagsatzung verfügten Beweisaufnahme bilden". Auch steht (nach § 401) die Säumnis einer Partei der Aufnahme von Beweisen vor dem erkennenden Gerichte, sowie dem Vortrage der Ergebnisse einer nicht vor dem erkennenden Gerichte erfolgten Beweisaufnahme nicht entgegen.

Im Anschluß an eine Ausführung der Motive wird gewöhnlich die Bestimmung des § 332 ZPO. damit erklärt, daß die mündliche Verhandlung ein einheitliches Ganzes bilde, auch wenn sie sich über mehrere Termine erstrecke, daß auch die Erlassung eines Beweisbeschlusses daran nichts ändere, daß prinzipiell die letzte, die unmittelbar der Urteilsfällung vorausgehende Verhandlung die für das Urteil maßgebende sei: das sogen. „Prinzip der Einheitlichkeit der Verhandlung". Aber aus der Einheitlichkeit der Verhandlung in den verschiedenen Terminen würde ja gerade folgen, daß die Versäumung eines späteren Termines bloß partielle Versäumung wäre. Man hätte sich vielmehr vorzustellen, daß in jedem Termine — also auch in dem der Urteilsfällung unmittelbar vorausgehenden — prinzipiell die ganze Verhandlung von neuem ihren Anfang nähme — was aber wiederum nicht richtig wäre (vgl. oben § 48 IX).

2. Ein Termin ist von einer Partei versäumt, wenn sie entweder a) nicht erscheint oder b) zwar erscheint — aber nicht bloß unvollständig — sondern überhaupt nicht verhandelt, ZPO. § 333; verhandelt sie, aber nur unvollständig, erklärt sie sich nicht über einzelne Tatsachen, Urkunden, Eideszuschiebungen, so ist das eben nicht totale, sondern nur teilweise, „partielle" Versäumnis und es kann Versäumnisurteil nicht ergehen; es treten nur die partiellen Versäumnisfolgen ein, das Urteil ist ein kontradiktorisches. ZPO. § 334. Ein Urteil kann nicht teilweise kontradiktorisches, teilweise Versäumnisurteil sein.

Selbstverständlich aber ist ein Versäumnisurteil auch nur über einen Teil des Streitgegenstandes möglich — so insbesondere auch, wenn für einen Teil des Anspruches gemäß § 335 Nr. 3 das Versäumnisurteil zu versagen ist (vgl. unten Nr. 5).

Als säumig ist eine Partei auch dann anzusehen, wenn sie zwar erschienen, aber zur Verhandlung nicht zuzulassen ist; so wenn im Anwaltsprozeß eine Partei nicht durch einen beim Prozeßgericht zugelassenen Anwalt, wenn eine prozeßunfähige Partei nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten ist; s. ferner ZPO. §§ 157, 158, auch GKG. § 85[5]: „Vor Zahlung des von einem Ausländer zu zahlenden Vorschusses ist die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen, sofern nicht glaubhaft gemacht wird, daß die Verzögerung dem Ausländer einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde."

Wenn im Laufe des Termines eine Partei nach ZPO. § 158 entfernt wird oder sich freiwillig entfernt, so ist das gerade so, wie wenn sie anwesend bleibt, aber nicht weiter verhandelt.

Eine Partei verhandelt jedenfalls dann nicht kontradiktorisch, wenn sie keinen Antrag stellt; denn nach ZPO. § 137[1] wird die Verhandlung dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen; es genügt indes, wenn der Antrag in einem früheren Termin gestellt worden ist, da die Verhandlung nicht in jedem Termin erneuert zu werden braucht (vgl. oben § 48 IX).

Nur die anerkennende oder verzichtende Partei braucht keinen eigenen Antrag zu stellen, weil durch das Anerkenntnis des Beklagten ja gerade der Antrag des Klägers, durch den Verzicht des Klägers ja gerade der Abweisungsantrag des Beklagten gerechtfertigt wird (s. oben § 38 IV).

Aber die nackte Antragstellung ist für sich allein noch keine Verhandlung[13]), vielmehr muß der Antrag auch in irgendwelcher Weise begründet sein; welchen Umfang und Inhalt aber die Begründung hat,[14]) ist gleichgültig. Hat sich insbesondere der Beklagte, ohne sich auf die Hauptsache einzulassen, ausschließlich mit prozessualen Gründen (wenn auch nicht gerade „prozeßhindernden Einreden") verteidigt, so kann doch unter keinen Umständen, auch wenn sich die Verteidigung als unbegründet erweist, ein Versäumnisurteil, sondern es kann nur ein kontradiktorisches Urteil (ZPO. §§ 334, 138) ergehen.

So auch die herrschende Meinung.[15]) Das Gesetz macht bezüglich des Verhandlungsstoffes keinen Unterschied.

3. Ein Versäumnisurteil kann immer nur auf Antrag des Gegners der säumigen Partei erlassen werden. ZPO. §§ 330, 331. Wird ein Antrag nicht gestellt, so ruht das Verfahren. ZPO. § 251.

Die Nichtstellung des Antrages steht dem Nichterscheinen gleich.

Da Versäumnisurteil und kontradiktorisches Urteil wesentlich voneinander verschieden sind, so kann auch nicht Versäumnisurteil ergehen, wenn kontradiktorisches Urteil beantragt, und nicht kontradiktorisches, wenn Versäumnisurteil beantragt ist.

Die Versagung des Versäumnisurteils ist nach ZPO. § 336 mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar; ebenso aber auch die Versagung des kontradiktorischen Urteils nach § 252, da sie das Ruhen des Prozesses zur Folge hat, also gleich einem Aussetzungsbeschlusse wirkt.

4. Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteiles ist aber zurückzuweisen (ZPO. § 335 Nr. 2), „wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war". Mit

---

[12]) ERG. Bd. 10 Nr. 120. Birkmeyer, Rechtsfälle S. 103 ff. (zu weitgehend dessen Argumentation S. 136 ff., daß die Anträge keinen Bestandteil der Verhandlung bildeten; dagegen die angeführte ERG.).

[14]) Mit dem Antrag kann sich gleich eine wenn auch noch so knappe Motivierung verbinden, und insofern kann man auch hier sagen (Motive z. Entw. III § 288. Hahn, Materialien S. 295), daß es quaestio facti sei, ob eine Partei in totum nicht verhandelt habe. — Keine Verhandlung ist ein bloßer Vertagungsantrag (ERG. Bd. 10 Nr. 120, Bd. 31 Nr. 108), in der Stellung eines Beweisantrages aber ist stets eine Verhandlung gelegen. ERG. Bd. 31 Nr. 108.

[15]) Dagegen Wach, Vorträge S. 153. Troll S. 36 f. Seuffert zu ZPO. § 333.

anderen Worten: eine Partei, die zur mündlichen Verhandlung zu laden war, ist dann nicht säumig, wenn sie nicht ordnungsmäßig geladen war. Zur ordnungsmäßigen Ladung aber gehört, wie das Gesetz besonders hervorhebt, daß die Ladung rechtzeitig erfolgt ist, d. h. unter Wahrung der Ladungs- bezw. Einlassungsfrist (vgl. oben § 69 II).

Ist die Einlassungsfrist (nach ZPO. §§ 226, 262[2], vgl. §§ 520, 555 für die Berufungs- und Revisionsinstanz) durch den Vorsitzenden bestimmt, so hat das Gericht die Erlassung des Versäumnisurteiles abzulehnen, wenn es findet, daß die Frist zu kurz bemessen sei. ZPO. § 337. Ob dies der Fall sei, das freilich beurteilt das Gericht nach seinem freien Ermessen; daher das „kann" des § 337.

Zur ordnungsmäßigen Ladung gehört ferner, daß das die Ladung enthaltende Schriftstück ordnungsmäßig zugestellt ist.[16])

Unter Ladung ist hier nicht bloß die Ladung durch eine Partei zu verstehen (vgl. oben § 68 VI). Gewiß kann auch dann kein Versäumnisurteil ergehen, wenn die Terminsbestimmung, die nach ZPO. § 329[2] von Amts wegen bekanntzugeben war, der ausgebliebenen Partei nicht ordnungsmäßig mitgeteilt worden ist (s. oben § 68 II, VI).

Ist die Partei säumig, welche selbst geladen hat, so stehen Mängel der Ladung der Erlassung des Versäumnisurteils nicht entgegen. (Vgl. oben § 84 III 4.)

5. Die Versäumnisfolgen treten nur insoweit ein, als die säumige Partei nach den ihr in ordnungsmäßiger Weise mitgeteilten Anträgen und tatsächlichen Erklärungen des Gegners sie vorherzusehen imstande war. Der Antrag auf Versäumnisurteil ist zurückzuweisen (§ 335 Nr. 3): „wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war". Die rechtzeitige Mitteilung bildet also eine weitere Voraussetzung für die Erlassung des Versäumnisurteils.

Aus dem dargelegten Gedanken des Gesetzes ergibt sich von selbst, daß ein bloßer Abweisungsantrag nicht der vorgängigen Mitteilung bedarf und daß die Bestimmung sich nur auf solche Anträge beziehen kann, die für den Inhalt des Versäumnisurteiles von Bedeutung sind (also nicht auf den Antrag, das Versäumnisurteil zu erlassen, aber wohl auch z. B. auf den Antrag, es für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die Mitteilung durch Schriftsatz (das folgt aus dem hervorgehobenen Gesichtspunkte) ist aber dann nicht erforderlich, wenn der Antrag oder das tatsächliche Vorbringen dem Gegner aus einer früheren kontradiktorischen Verhandlung bekannt geworden ist.

Das ist die fast allgemeine Meinung; das Wesentliche ist die vorgängige Mitteilung. Auch eine Klagerweiterung nach § 268 Nr. 2 ZPO., ja sogar eine zulässige Klagänderung (ZPO. § 264) ist möglich, wenn nur die rechtzeitige Mitteilung erfolgt ist; das ist nicht unbestritten; aber das Gesetz macht in dieser Hinsicht keine Ausnahme.

---

[16]) Ist der Ladende säumig, so braucht, um ein Versäumnisurteil gegen ihn zu erlangen, der Geladene nur nachzuweisen, daß er geladen ist (nicht auch, daß der Ladende von der Terminsanberaumung Kenntnis erhalten habe), und dieser Nachweis kann auch auf andere Weise als durch Vorlegung der Zustellungsurkunde geführt werden. ERG. Bd. 31 Nr. 113.

6. Wenn es an einer von Amts wegen zu prüfenden prozessualen Voraussetzung eines Sachurteiles fehlt, so ist auch bei Versäumnis einer Partei — des Beklagten so gut wie des Klägers — die Klage wie angebracht abzuweisen. Auf Grund eines prozessualen Mangels, der nur auf Rüge des Beklagten zu beachten ist, insbesondere auf Grund einer „verzichtbaren" prozeßhindernden Einrede, kann der Beklagte die Abweisung der Klage nur wie angebracht beantragen (vgl. oben III 1).

Was speziell die Zuständigkeit betrifft, so ist, soweit dieselbe eine ausschließliche ist (und das trifft ja namentlich auch dann zu, wenn es sich um andere als vermögensrechtliche Ansprüche handelt, ZPO. § 40[2]), die Fiktion des Zugeständnisses unmöglich; soweit aber Prorogation zulässig ist (vgl. oben § 31 II) sind bei Versäumnis des Beklagten (§ 331) auch die tatsächlichen Behauptungen als zugestanden anzunehmen, die zur Begründung der Zuständigkeit dienen.

Das ist die jetzt fast allgemein angenommene Meinung.[17]) Früher war vielfach die Ansicht vertreten,[18]) daß die Prorogation des § 39 ZPO. auf dem Ausschluß der Unzuständigkeitseinrede beruhe, der Ausschluß aber ohne weiteres auch dann eintrete, wenn der Beklagte säumig sei. Vgl. oben § 89 VI.

Wenn zwar ein prozessualer Mangel nicht festgestellt ist, anderseits aber wegen eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes die erforderliche Nachweisung von der erschienenen Partei nicht beschafft werden kann, so ist zwar nicht die Klage abzuweisen, aber es muß der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteiles zurückgewiesen werden. ZPO. § 335 Nr. 1.

Die Partei, die ein Versäumnisurteil in der Hauptsache erzielen will, muß also für jeden von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstand, von dem die Zulässigkeit einer Sachentscheidung abhängt, die erforderliche Nachweisung liefern. Und dies auch dann, wenn bei kontradiktorischer Verhandlung der Gegner den Nachweis führen müßte. Allerdings ein sehr zweifelhafter und bestrittener Punkt! Aber ist der Nachweis nicht erbracht, so kann wie überhaupt kein Sachurteil so speziell auch kein Versäumnisurteil in der Hauptsache ergehen; von der abwesenden Partei kann aber der Nachweis nicht gefordert werden, und das Gericht hat ihn auch nicht von Amts wegen zu erheben; steht z. B. fest, daß der Kläger minderjährig ist, so würde im kontradiktorischen Verfahren er die Ermächtigung nachweisen müssen, die nach BGB. § 112 oder § 113 ihn teilweise geschäftsfähig und damit prozeßfähig machen würde; ist er aber säumig, so muß der Beklagte den Nachweis führen, wenn er sich nicht mit der Abweisung angebrachtermaßen begnügen will (vgl. oben § 82 III).

7. Aus welchem Grunde die Partei nicht erscheint, ist an sich gleichgültig; das Gericht hat aber das Versäumnisurteil zu versagen, wenn es der Meinung ist, daß die Partei durch Naturereignisse oder durch

---

[17]) Zuerst eingehend begründet durch v. Amsberg, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 65 S. 59 ff. So auch ERG. Bd. 1 Nr. 158. — Den Nachweis der Zuständigkeit fordert Schmidt § 144 III b (S. 812).

[18]) Zuerst von Wach begründet, von diesem aber wieder aufgegeben in Handb. § 43 S. 508.

andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. ZPO. § 337.

Die gleichen Voraussetzungen also wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (oben § 86). Das „kann" des § 337 erklärt sich daraus, daß das Gericht eben nicht verpflichtet ist, in jedem Falle zu untersuchen, ob ein solcher Umstand vorliegt.

V. Die erschienene Partei kann, statt der Erlassung eines Versäumnisurteiles, die Vertagung der Verhandlung beantragen. Sie kann es namentlich auch dann, wenn ihr Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteiles zurückgewiesen wird. ZPO. § 335[1]. In den Fällen des § 337 ZPO. (s. oben IV 4, 7) hat das Gericht von Amts wegen die Verhandlung zu vertagen. Zu dem neuen Termine, welcher der erschienenen Partei verkündigt wird (ZPO. § 329), hat diese dann den Gegner zu laden.

Auch in den Fällen des § 337, bei Vertagung von Amts wegen, wird der neue Termin nicht von Amts wegen der säumigen Partei bekannt gegeben.

Wenn in dem neuen Termin die säumige Partei erscheint, so ist sie unter allen Umständen zur kontradiktorischen Verhandlung zuzulassen.

Auch wenn auf Grund des § 337 von Amts wegen vertagt worden war; es ist nicht erst darüber zu verhandeln, ob die Vertagung gerechtfertigt war.[19])

Aus anderen als den in § 337 ZPO. bezeichneten Gründen aber darf nicht vertagt werden.

Nach anderer Meinung ist eine Vertagung von Amts wegen bis zur Stellung des Antrages auf Versäumnisurteil zulässig.[20]) Aber die erschienene Partei hat ein Recht auf Versäumnisurteil, wenn kein gesetzlicher Grund vorliegt, aus dem es ihr versagt werden kann.

VI. Der Beschluß, durch welchen der Antrag auf Versäumnisurteil zurückgewiesen wird,[21]) ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (unanfechtbar jedoch ist die Vertagung von Amts wegen auf Grund des § 337 ZPO). Wird der Beschluß aufgehoben, so ist vom Gerichte erster Instanz ein neuer Termin anzuberaumen, in welchem nunmehr auf Antrag das Versäumnisurteil zu erlassen ist, welches — nach der maßgebenden Entscheidung des Beschwerdegerichtes — gleich in dem früheren Termin hätte erlassen werden sollen; die säumige Partei ist nicht zu laden und, falls sie freiwillig erscheinen sollte, zur kontradiktorischen Verhandlung nicht zuzulassen (es sei denn, daß der Gegner von dem Antrag auf Versäumnisurteil Abstand nähme). ZPO. § 336.

Das ist die fast allgemeine Ansicht;[22]) nach anderer Meinung ist der neue Termin als Fortsetzung des früheren Termines anzusehen und daher die säumige Partei zur

---

[19]) Die gegenteilige Meinung wird vertreten von Wach, Vorträge S. 173 f.

[20]) Vgl. die Komment. teils zu § 335 teils zu § 337. Eine Terminsverlegung (ZPO. § 228) von Amts wegen ist selbstverständlich statthaft.

[21]) Gleichviel ob auf Grund des § 335 ZPO. oder aus einem anderen Grunde. ERG. Bd. 37 Nr. 114.

[22]) So auch ERG. Bd. 37 Nr. 114 (S. 398).

Verhandlung zuzulassen. Aber die Partei hatte ein Recht auf Versäumnisurteil, und dieses muß nun zunächst realisiert werden.

VII. Für die geschichtliche Entwicklung[23]) des Versäumnisverfahrens ist es auf lange Zeit hinaus von Bedeutung gewesen, daß, bei der römisch-rechtlichen Scheidung des Prozesses in die beiden Stadien des Verfahrens in iure und in iudicio (vor dem Magistrate und vor dem erkennenden Richter), ohne die litis contestatio (als die unerläßliche Grundlage des iudicium) ein Urteil überhaupt nicht ergehen konnte.

1. Wie auch sodann im Justinianischen Prozeß das Ungehorsamsverfahren sich gestaltet haben mag, jedenfalls hielt die mittelalterliche italienische Jurisprudenz und hielt, für den ordentlichen Prozeß, das kanonische Recht dem säumigen Beklagten gegenüber an dem Satze fest, daß lite non contestata Beweis und Urteil nicht möglich sei: gegen den Beklagten, der die Litiskontestation nicht vollzog, gibt es nur das indirekte Zwangsmittel der missio in bona, der Kläger wird auf seinen Antrag in das Vermögen des säumigen Schuldners eingewiesen, mit dem Recht, es späterhin zu verkaufen und sich aus dem Erlöse zu befriedigen. (Im einzelnen ist für das römische Recht freilich sehr vieles zweifelhaft und bestritten.) Außerdem kann nach kanonischem Rechte über den ungehorsamen Beklagten die Exkommunikation, nach dem weltlichen Rechte des Mittelalters die Acht verhängt werden.

Nach der Litiskontestation kann nach römisch-kanonischem wie nach Justinianischem Prozeßrecht bei Ungehorsam einer Partei der Gegner einseitig den Prozeß fortsetzen und nach dem Ergebnisse dieses einseitigen Verfahrens, des sogen. Eremodicium, Endurteil verlangen; der Beklagte wird also verurteilt, soweit die bewiesenen Klagtatsachen den Klagantrag rechtfertigen.

Dies Eremodicium gegen den ungehorsamen Beklagten fand nun aber nach späterem kanonischen Prozeßrecht (wie nach zahlreichen italienischen Statutarrechten) auch schon auf das Verfahren vor der Litiskontestation Anwendung, und zwar zunächst für gewisse Angelegenheiten, die in kirchlichem Interesse eine baldige Entscheidung zu erfordern schienen (z. B. Ehesachen, Streitigkeiten über kirchliche Wahlen), sodann allgemein für das sogen. „unbestimmt summarische Verfahren", das schließlich ein sehr ausgedehntes Geltungsgebiet erhielt — das Verfahren, in welchem „simpliciter et de plano sine strepitu et figura iudicii", insbesondere ohne förmliche Litiskontestation prozediert werden sollte;[24]) und so stellte die Kammergerichtsordnung von 1495 allgemein dem Kläger frei, auch ohne Litiskontestation gegen den ungehorsamen Beklagten den einseitigen Beweis seiner Klage zu führen; „Einsatz" (die missio in bona) und Acht, welche zunächst bestehen blieben, wurden durch den Jüngsten Reichsabschied § 36 gänzlich abgeschafft. Das Eremodicium bildet nunmehr auch im gemeinrechtlichen Prozeß die einzig mögliche Versäumnisfolge, wenn der Beklagte sich auf die Klage nicht einläßt.

2. Bei Ungehorsam des Klägers vor der Litiskontestation kann nach Justinianischem Recht der Beklagte Entbindung von der Instanz verlangen, aber auch einseitig das Verfahren fortsetzen. Nach den älteren Kammergerichtsordnungen ist das letztere nur dann möglich, wenn der Kläger schon vor Gericht erschienen ist und seine Klage vorgebracht hat. Seit dem JRA. aber, der eine substanziierte Klage und darauf gleich eine genaue und vollständige Antwort des Beklagten fordert, und jedenfalls in dem Verfahrem mit reinem Schriftenwechsel, gibt es einen Ungehorsam des Klägers vor der Litiskontestation überhaupt nicht mehr.

---

[23]) Material bei Wetzell § 49.

[24]) Clementina Saepe (c. 2 Clem. de verb. sign. 5, 11) und Clementina Dispendiosam (c. 2 Clem. de iud. 2, 1). Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859) §§ 9 ff. vgl. §§ 5 ff.

Hienach hatte schon im gemeinen Prozeß die Litiskontestation die Bedeutung völlig eingebüßt, die sie für das Ungehorsamsverfahren nach früherem Rechte gehabt hatte.

3. Das Eremodicium beruht auf der Voraussetzung, daß der ungehorsame Beklagte als den Klaganspruch wie die Klagtatsachen bestreitend anzusehen sei. Nun aber hatte schon die mittelalterliche italienische Jurisprudenz aus der l. 2 §§ 6, 7 C. de iureiur. pr. cal. dando (2, 59) (wonach bei Weigerung des Kalumnieneides der Kläger abzuweisen, der Beklagte als der Klage geständig zu behandeln ist) den Satz abgeleitet, daß eine jede Partei (weil durch den Kalumnieneid zu wahrheitsgemäßer Erklärung verpflichtet), wenn sie auf bestimmt formulierte tatsächliche Fragen des Gegners nicht antworte, als der Behauptung des Gegners geständig anzusehen sei. Diese Auffassung ging in die Reichsgesetze (z. B. JRA. § 49) und in das gemeine Prozeßrecht über und erhielt sich auch, nachdem die Leistung des Kalumnieneides nicht mehr für erforderlich gehalten wurde; die Frageform kam ab; es genügte die Aufforderung des Gegners, sich über bestimmte tatsächliche Behauptungen zu erklären. Die partikulare Gesetzgebung führte den Gedanken weiter, indem sie bestimmte, daß der Beklagte, der sich auf die Klage nicht erkläre, als der Klagtatsachen geständig gelte; so insbesondere auch die preußische AGO. I 8 § 10 und alle die neueren deutschen Prozeßordnungen. Es mag zu dieser Entwicklung wohl auch der Grundsatz des sächsischen Prozeßrechtes beigetragen haben, wonach der Beklagte „in der Schuld gewonnen ist", wenn er dingflüchtig ist, oder zu Unrecht die Antwort weigert, oder nach der Antwort in einem späteren Termine nicht erscheint, vgl. Sächs. Landrecht II 45, III 39 § 3, II 9 § 1.

Das ist nun also — nach dem früher gebräuchlichen, allerdings unzutreffenden Ausdruck — die Fiktion der affirmativen Litiskontestation (im Gegensatz zu der „negativen" des gemeinen Prozeßrechtes). Historisch jedenfalls hängt sie nach dem Gesagten mit der Annahme einer Wahrheitspflicht der Parteien zusammen.

4. Der Code civil steht, was die Versäumnis des Beklagten angeht, prinzipiell auf dem römisch-rechtlichen Standpunkt: nach Code civil artt. 149, 150 wird, wenn der Beklagte keinen Anwalt bestellt oder der bestellte Anwalt nicht im Sitzungstermine erscheint oder keine conclusions abgibt (s. oben bei N. 12)[25]), der défaut ausgesprochen und „les conclusions de la partie qui le requiert sont adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées". — Allerdings kann das Ausbleiben des Beklagten als ein gewichtiger Beweisgrund gegen ihn verwertet werden, und die rheinische deutsche Praxis hatte sogar regelmäßig schon die Versäumnis des Beklagten für sich allein als genügend angesehen, um die Überzeugung des Gerichtes von der Richtigkeit der Klagbehauptungen zu begründen. Die Versäumnis des Klägers wird im Code civil nur für das handelsgerichtliche Verfahren genauer normiert; für dieses bestimmt der art. 434: „Si le demandeur ne se présante pas (nämlich in dem ersten zur Vorlegung der conclusions motivées bestimmten Termine) le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande." Für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten fehlt es an einer entsprechenden Vorschrift; art. 154 bestimmt nur, bei Versäumnis des Klägers könne der Beklagte gegen ihn „prendre défaut", sagt aber nicht, welches die Folge des défaut sein solle. Daher ist es streitig, ob der Beklagte nur Entbindung von der Klage oder Abweisung des Anspruches fordern, oder ob er nach seiner Wahl Entbindung von der Klage oder auf Grund richterlicher Prüfung eine Entscheidung in der Sache selbst erwirken könne.[26]) Daß nach Verlesung der conclusions motivées das Verfahren für seinen ganzen weiteren Verlauf kontradiktorisch wird, ist oben schon (bei N. 12) bemerkt worden.

---

[25]) Défaut faute de comparaître und faute de conclure, Garsonnet Bd. 6 §§ 2162 ff.

[26]) Garsonnet B. 6 §§ 2196 ff.

VIII. Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren finden entsprechende Anwendung auf das Verfahren, welches die Bestimmung des Betrages eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruches zum Gegenstande hat. ZPO. § 347[1]. Trotz der Feststellung des Grundes kann bei Versäumnis des Klägers die Abweisung der Klage verlangt werden.

Denn eine Verurteilung ist nicht möglich, wenn nicht auch der Betrag des Anspruches feststeht.

Aber nicht kann, nachdem der Anspruch seinem Grunde nach festgestellt ist, bei Versäumnis des Beklagten im Widerspruch mit dieser Entscheidung die Klage (auf Grund des § 331) abgewiesen werden.

IX. Das Versäumnisverfahren beschränkt sich auf den Zwischenstreit, das Versäumnisurteil ist also Zwischenurteil, wenn der versäumte Termin ausschließlich zur Verhandlung eines Zwischenstreites unter den Parteien bestimmt ist. ZPO. § 347[2].

Davon abgesehen ist das Versäumnisurteil stets Endurteil.

Ist der Termin zugleich zur Verhandlung der Hauptsache bestimmt und es wird von einer Partei weder zur Hauptsache noch zum Zwischenstreit verhandelt, so kann gegen sie Versäumnisurteil zur Hauptsache, es kann aber auch bloß Versäumniszwischenurteil beantragt werden; wird bloß zur Hauptsache oder bloß zum Zwischenstreit verhandelt, so ist das unvollständiges Verhandeln im Sinne des § 334 ZPO. und es kann nicht Versäumnisurteil, sondern nur kontradiktorisches Urteil ergehen. (Vgl. oben IV 2.)

Bei entsprechender Anwendung der Versäumnisvorschriften auf den Zwischenstreit ist als Kläger derjenige anzusehen, der die Prozeßhandlung vorgenommen hat, welche zu dem Zwischenstreit die erste Veranlassung gab.

Also beispielsweise derjenige, der die Vorweisung einer Urkunde vom Gegner verlangt, oder der die Urkunde vorgelegt hat, deren Echtheit bestritten wird, oder der fordert, daß nach ZPO. § 393 ein Zeuge unbeeidigt vernommen werde.

Das gilt denn auch (vgl. oben § 82 II 1, § 89 VIII A 4) für einen nur zur Verhandlung über prozeßhindernde Einreden bestimmten Termin; ist der Kläger säumig, so ergeht ein Versäumnisendurteil, das aber die Klage nur als „unstatthaft" („wie angebracht") abweist; vgl. oben IV 6.

Auf einen Zwischenstreit mit einem dritten ist der § 347 nicht zu beziehen; denn der Abschnitt über das Versäumnisverfahren setzt überall die Versäumnis einer Parteiverhandlung voraus und auch der § 303 hat nur Zwischenstreitigkeiten unter den Parteien im Auge. Im Falle des § 387 (402) ZPO. ergeht auch das Urteil nicht lediglich auf Grund der mündlichen Verhandlung.

Soweit eine Prüfung von Amts wegen erforderlich ist, kann die Fiktion des Zugeständnisses nicht Platz greifen. (Vgl. oben IV 6, § 82 III.)

X. Eine mündliche Verhandlung, deren Anordnung im richterlichen Ermessen steht („fakultative" mündliche Verhandlung), kann nicht Verhandlung eines Zwischenstreites und nicht Verhandlung der Hauptsache sein (vgl. oben § 82), kann nicht zu einem Urteil und also auch nicht zu einem Versäumnisurteil führen; das Versäumnisverfahren setzt einen Termin zu obligatorischer mündlicher Verhandlung voraus. Wenn in einem Ter-

min zu fakultativer mündlicher Verhandlung eine Partei säumig ist, so ist — und zwar in Form eines Beschlusses — nach Lage der Sache (unter Berücksichtigung des Akteninhaltes) zu entscheiden.

Hierüber und über die Ausnahme im Verfahren über Arrest und einstweilige Verfügung (§§ 921, 922, 937) vgl. oben § 82 I 1 b.

XI. Das Versäumnisurteil gegen den Kläger setzt voraus, daß der Kläger wirksam auf seinen Anspruch verzichten, das Versäumnisurteil gegen den Beklagten, daß der Beklagte die klagbegründenden Tatsachen wirksam zugestehen könne; daher ist auch in Ehesachen und in Kindschaftsprozessen das Versäumnisverfahren in besonderer Weise geregelt. Vgl. unten § 118, 119.

XII. Das Versäumnisverfahren tritt nur ein, wenn ein Termin zur mündlichen Verhandlung versäumt ist. Wenn in einem Termin zur Beweisaufnahme eine Partei nicht erscheint, und auch wenn beide Parteien nicht erscheinen, so ist die Beweisaufnahme doch, soweit möglich, zu bewirken. ZPO. § 367 (vgl. dazu oben § 43 V).

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht und ist darum der Termin zur Beweisaufnahme (ZPO. § 370) zugleich auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt, so ist, wenn eine Partei ausbleibt, doch zunächst (ZPO. § 367) die Beweisaufnahme, soweit sie möglich, zu bewirken, und kann dann erst Versäumnisurteil beantragt werden.

Denn durch die Erlassung des Versäumnisurteils verliert zwar die Beweisaufnahme sofort ihre Bedeutung, kann sie aber wiedererlangen, wenn das Versäumnisurteil durch Einspruch angefochten wird.

Für die Versäumnis aber eines Termines zur Eidesleistung gilt folgendes.

1. Ein Termin zur Beweisaufnahme ist an sich auch der Termin zur Leistung eines Parteieides, insofern von seiner Leistung oder Nichtleistung die Feststellung der zu beschwörenden Tatsache abhängt. Da aber der Eid anderseits Parteierklärung ist (vgl. oben § 45), so ist an die Versäumung des Eidestermines eine besondere Versäumnisfolge geknüpft, wie sie eben nur bei der Versäumung einer Parteierklärung möglich ist.

Es ist nämlich auf Antrag des Gegners der Eid als verweigert anzusehen, so daß das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als voll bewiesen gilt. ZPO. §§ 465, 464.

Diese Folge war nach der ursprünglichen Bestimmung der ZPO. (im alten § 430) durch Versäumnisurteil auszusprechen, gegen welches der Einspruch stattfand; eine Einrichtung, die sich nicht bewährte, da sie leicht zur Prozeßverschleppung mißbraucht werden konnte; sie ist darum (wie schon für das Verfahren vor den Gewerbegerichten nach § 46 des Gewerbegerichtsgesetzes, Fass. v. 1901) aufgegeben worden. An Stelle des Einspruches ist der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme getreten, von dem im folgenden die Rede ist.

2. Die Folge der Versäumung kann nun aber der Schwurpflichtige dadurch beseitigen, daß er nachträglich bei dem Gerichte, bei

welchem die Eidesleistung stattzufinden hatte, die Abnahme des Eides beantragt.

Der Antrag kann zum Protokolle des Gerichtschreibers erklärt werden, unterliegt also nicht dem Anwaltszwang (ZPO. § 78[2]). Er ist nur innerhalb einer Woche nach dem Termin zulässig, diese Frist ist eine Notfrist, gegen ihre Versäumung ist also Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (ZPO. § 233 ff.) möglich. ZPO. § 466.

Wenn aber auch in dem zur nachträglichen Eidesleistung bestimmten Termine der Schwurpflichtige ausbleibt, so ist ein weiterer Antrag auf Eidesabnahme unzulässig. ZPO. § 468.

Eine Wiedereinsetzung gegen die Terminsversäumung gibt es nicht: unter Umständen eine Härte! Jedoch ist ZPO. § 337 entsprechend anzuwenden.

Die Versäumungsfolge ist ungerechtfertigt, wenn — nach ZPO. § 335 — der Fall der Versäumung nicht vorliegt. Es kann denn auch das auf der Versäumungsfolge beruhende Urteil angefochten werden, weil der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

3. Auf Grund der Eidesversäumnis ist zunächst weiter zur Hauptsache zu verhandeln. ZPO. § 465.

a) War der Eid vor dem Prozeßgericht zu leisten, so ist der Termin zur Eidesabnahme auch zu dieser weiteren Verhandlung bestimmt. ZPO. § 370[1].

α) Führt die weitere mündliche Verhandlung zu einem Urteile oder zu einem Beweisbeschlusse, so ist diese Entscheidung nicht gleich, sondern in einem besonderen Termine zu verkünden, der (entgegen der Regel der §§ 310, 329[2]) erst über eine Woche hinaus anzuberaumen ist.

Der Grund dafür ist der, daß durch den rechtzeitig gestellten Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme der Entscheidung die Grundlage entzogen würde.

Dieser für die Verkündung anberaumte Termin gilt aber für den Fall, daß der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme rechtzeitig gestellt wird, unmittelbar kraft Gesetzes als zur Eidesleistung und weiteren mündlichen Verhandlung bestimmt.

Das zu erlassende Urteil kann auch Versäumnisurteil sein, in dem Falle nämlich, daß der Eid durch Beweisbeschluß (nicht wenn er durch bedingtes Endurteil, vgl. unten XIII) angeordnet, und auch die mündliche Verhandlung versäumt worden ist.

β) Führt aber die Verhandlung nicht zu einem Urteile oder Beweisbeschlusse, sondern bedarf es eines neuen Termines zur Fortsetzung der Verhandlung, so ist, wenn der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme rechtzeitig gestellt wird, der nächste Verhandlungstermin auch zur Eidesleistung bestimmt. ZPO. § 467[2].

b) Sollte die versäumte Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen, und wird (bei ihm) rechtzeitig der Antrag auf nachträgliche Eidesabnahme gestellt, so hat er zu diesem Zweck einen neuen Termin anzuberaumen. Für die mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgericht bedarf es eines neuen Termines. ZPO. § 370[2].

4. Durch den rechtzeitig gestellten Antrag wird die Folge der Eidesversäumnis beseitigt; einer Entschuldigung der Versäumnis bedarf es nicht. Wenn die auf den Antrag folgende Verhandlung von dem Eidespflichtigen versäumt wird, so kann Versäumnisurteil gegen ihn beantragt werden.

XIII. Einer vorgängigen mündlichen Verhandlung bedarf auch (wie jedes Urteil) das einem bedingten Endurteile folgende *Läuterungsurteil*; dieses kann aber immer nur, auch wenn die vorgängige mündliche Verhandlung von einer Partei versäumt ist, die Folge der Leistung oder Nichtleistung des Eides gemäß der Vorausbestimmung des Eidesurteiles aussprechen (vgl. oben IV 1); die sonst an die Versäumung eines Verhandlungstermines geknüpften Folgen (ZPO. §§ 330, 331) sind also im Läuterungsverfahren ausgeschlossen.

Das ist fast allgemein angenommen. Trotzdem ist auch das Läuterungsurteil, wenn es auf Grund einer versäumten Verhandlung ergeht, ein dem Einspruch unterliegendes Versäumnisurteil. Vgl. dazu unten § 94 I 3.

XIV. Ein Versäumnisurteil kann *nicht* ergehen, wenn ein Termin versäumt wird, der *nur* zur Verkündung einer Entscheidung bestimmt ist. Die Verkündung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Anwesenheit der Parteien. ZPO. §§ 312[1], 329[2] (vgl. oben § 65 II).

XV. Besondere Versäumnisregeln gelten in Hinsicht auf ein *vorbereitendes schriftliches Verfahren*.

1. In dem schriftlichen Verfahren *vor dem beauftragten Richter* gibt es kein Versäumnisurteil und keinen Einspruch; es gibt auch keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Dafür aber treten die Folgen der Terminsversäumnis erst auf *zweimalige* Ladung ein. ZPO. § 351.

Wenn in einem Termine vor dem beauftragten Richter eine Partei säumig ist, so wird zunächst das Vorbringen der erschienenen Partei protokolliert und ein neuer Termin anberaumt, zu dem die säumige Partei (von der erschienenen) unter Mitteilung einer Protokollabschrift zu laden ist. Wenn auch in diesem zweiten Termine dieselbe Partei säumig ist, dann erst gelten die tatsächlichen Behauptungen des Gegners, wie sie in dem zugestellten Protokoll enthalten sind, als zugestanden und es ist bezüglich ihrer das vorbereitende schriftliche Verfahren nicht weiter fortzusetzen, so daß also *alles* darauf bezügliche Vorbringen der säumigen Partei (z. B. auch Einwendungen) ausgeschlossen ist.

Die Versäumnisfolge bezieht sich selbstverständlich *nur* auf das protokollierte Vorbringen, nicht auf *neues* Vorbringen der erschienenen Partei und tritt nur ein, wenn die Ladung und die Zustellung der Protokollabschrift ordnungsmäßig erfolgt ist.

2. Ist in der auf das vorbereitende Verfahren folgenden *mündlichen Verhandlung* vor dem erkennenden Gericht eine Partei säumig, so ist zwar auch auf Antrag ein Versäumnisurteil zu erlassen; dasselbe erstreckt sich jedoch nicht auf solche Ansprüche, die bereits in dem vorbereitenden schriftlichen Verfahren anerkannt worden sind (ZPO. § 350[2] Nr. 2); diese sind vielmehr durch ein dem Anerkenntnis gemäßes Teilurteil zu erledigen. ZPO. § 353[2].

§ 94.

Fortsetzung. Einspruch.

I. Gegen das Versäumnisurteil steht der *säumigen* Partei der *Einspruch* zu. ZPO. § 338.

1. Der Einspruch ist nichts weiter als die schriftliche Erklärung, daß gegen das bezeichnete Urteil der Einspruch eingelegt werde, verbunden mit der Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache. ZPO. § 340[1].

Verhandlung über die Hauptsache ist hier im Gegensatz zur Verhandlung über die *Zulässigkeit* des Einspruches gedacht. Übrigens genügt es, wenn nur „zur mündlichen Verhandlung", und es ist auch nicht unrichtig wenn „zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch" geladen wird.

Auch der Gebrauch des Wortes Einspruch ist nicht gerade wesentlich, es genügt vielmehr, wenn der Wille erhellt, den Einspruch einzulegen.

Nicht muß, wie bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Versäumnis entschuldigt werden.

Durch die *Zustellung* eines Schriftsatzes mit dem bezeichneten Inhalte wird der Einspruch *eingelegt*. ZPO. § 340[1].

Durch den Einspruch soll das Versäumnisurteil angefochten und dadurch die Wiedereröffnung der Verhandlung herbeigeführt werden; eben darum *soll* der Einspruchsschriftsatz gleich auch dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist. ZPO. § 340[2].

2. Der Einspruch findet *nur* gegen *Versäumnisurteile* statt, d. h. gegen Urteile, die auf die totale Versäumnis einer Partei hin ergehen.

Gleichgültig ist, ob das Versäumnisurteil zu Recht erlassen war, gleichgültig auch, ob es als Versäumnisurteil von dem erkennenden Gerichte aufgefaßt ist.[1])

3. Das Urteil, welches auf eine totale Versäumnis hin, welches auf Grund eines total von einer Partei versäumten Verhandlungstermines ergeht, ist Versäumnisurteil, auch wenn seine *Entscheidung* nicht auf die Versäumnisfolge *gegründet* ist.

Es ist Versäumnisurteil und unterliegt dem Einspruch der säumigen Partei auch dann, wenn es die Klage *wie angebracht* abweist (vgl. oben § 93 IV 6); und zwar kann gegen ein solches Urteil auch ein säumiger Beklagter Einspruch erheben, um mit seiner Hilfe zu einer Sachentscheidung zu gelangen.

Es ist Versäumnisurteil, wenn es ein *Rechtsmittel* als prozessualisch *unzulässig* verwirft. Und auch das *Läuterungsurteil* (vgl. oben § 93 XIII) ist Versäumnisurteil, wenn es gegen eine säumige Partei ergeht. So auch die Praxis des *Reichsgerichtes*.[2]) Nach anderer Auffassung ist Versäumnisurteil nur ein solches,

[1]) ERG. Bd. 50 Nr. 94.
[2]) ERG. Bd. 50 Nr. 94 und die hier gegebenen Nachweisungen.

welches auf Grund einer Versäumnis in dem Sinne ergeht, daß es eine Versäumnisfolge realisiert, und ist jedes Urteil kontradiktorisch, das, wenn es auch auf Grund eines total versäumten Termins, einer einseitigen Parteiverhandlung ergeht, sich doch nicht auf die Versäumnis als solche, sondern auf eine anderweite Prozeßlage gründet.[3])

4. Der Einspruch steht nur der säumigen Partei zu; sofern aber das Versäumnisurteil, bei Versäumung des Beklagten, die Klage abweist (ZPO. § 331), kann es der Kläger mit dem zulässigen Rechtsmittel anfechten.

Ein solches Urteil ist aber doch Versäumnisurteil; denn es beruht auf der Versäumnis des Beklagten, und es wird durch den Einspruch des Beklagten, auch wenn es teilweise die Klage abweist, teilweise ihr stattgibt, in seinem ganzen Umfang außer Kraft gesetzt. Darum ist es auch nicht zutreffend, zu sagen, ein solches Urteil sei dem Kläger gegenüber kontradiktorisch, weil er es mit der Berufung anfechten kann.[4])

5. Der säumigen Partei steht gegen das Versäumnisurteil nur der Einspruch und kein Rechtsmittel zu. §§ 513, 566.

Denn neben dem Einspruch ist jeder andere Rechtsbehelf überflüssig und anderseits würde durch die Gewährung eines Rechtsmittels jeder Partei die Möglichkeit gegeben, die Sache beliebig der kontradiktorischen Entscheidung der unteren Instanz zu entziehen.

Der dem römischen Recht (l. 73 § 3 D. de iud. 5, 1, l. 1 C. quor. app. non rec. 7, 65) entnommene gemeinrechtliche Satz „contumax non appellat" beruht nicht ganz auf demselben Gedanken: der Verlust des Rechtsmittels erscheint hier nur als Strafe der contumacia; die Appellation kann denn auch gegen ein Kontumazialurteil darauf gegründet werden, daß contumacia nicht vorgelegen habe oder daß die juristische Beurteilung der festgestellten Tatsachen nicht zutreffend, die Entscheidung des Kontumazialurteils aus Rechtsgründen unrichtig sei.[5]) Nach der ZPO. steht aber der säumigen Partei auch dann nur der Einspruch und nicht die Berufung zu, wenn das Versäumnisurteil zu Unrecht ergangen ist (wenn der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen hat oder wenn die für zugestanden angenommenen Tatsachen die Verurteilung des Beklagten nicht rechtfertigen).

Nur ein Versäumnisurteil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist (§§ 238[2], 345, vgl. unten IV), kann von der säumigen Partei mit der Berufung aus dem Grunde angefochten werden, daß der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe (vgl. insbesondere § 335). ZPO. § 513[2].

II. Durch den Einspruch wird das Versäumnisurteil nicht aufgehoben, sondern angefochten.

Es wird (was seine Geltung angeht) in demselben Sinne angefochten, wie durch ein zulässiges Rechtsmittel ein kontradiktorisches Urteil angefochten wird.[6]) Es

---

[3]) In diesem Sinne besonders Wach, Gruchot Bd. 36 S. 1 ff. Im übrigen sei auf die Zusammenstellung der Literatur in ERG. Bd. 50 Nr. 94 verwiesen.

[4]) Diese Auffassung widerstreitet der herrschenden; sie ist vertreten von Wach, Vorträge S. 191 ff., 195 f. vgl. auch 274 ff., Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 67 ff.

[5]) Wetzell § 54 S. 708 ff.

[6]) In einer Reihe von Bestimmungen, in denen von Anfechtung einer Entscheidung die Rede ist, ist zweifellos nur an Anfechtung durch Rechtsmittel gedacht; s. ZPO. §§ 10, 41 Nr. 6. Daraus ist aber nicht zu folgern, daß der Einspruch überhaupt keine Anfechtung des Urteils bedeute.

wird denn auch in wichtigen Beziehungen der Einspruch den Rechtsmitteln gleich behandelt, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

1. Die Einlegung des Einspruches ist, wie die der Rechtsmittel, an eine Notfrist — die „Einspruchsfrist" — gebunden. Dieselbe beträgt regelmäßig zwei Wochen und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurteils. ZPO. § 339[1]. Auf den Einspruch kann verzichtet[7]) und es kann dadurch das Versäumnisurteil schon vor Ablauf der Einspruchsfrist rechtskräftig werden. Es gelten dafür, ebenso wie für die Rücknahme des erhobenen Einspruches, die entsprechenden Vorschriften wie für den Verzicht auf die Berufung und die Rücknahme derselben. ZPO. § 346.

Der Einspruch kann auch schon vor Zustellung des Urteils wirksam eingelegt werden. ZPO. § 516[2] Satz 2 ist auf die Einlegung des Einspruches nicht anwendbar. Denn diese Bestimmung hängt innerlich mit der des § 221[2] zusammen; sie dient, mit dieser, dem Zweck, eine einheitliche Verhandlung zu ermöglichen für den Fall, daß beide Parteien das Urteil anfechten; diese Rücksicht aber trifft beim Einspruch nicht zu, da dieser nur von der säumigen Partei eingelegt werden kann.[8])

Muß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht und zwar schon von Amts wegen die Einspruchsfrist zu bestimmen; die Bestimmung kann im Versäumnisurteil geschehen, oder in einem besonderen Beschluß, der vorgängiger mündlicher Verhandlung nicht bedarf. ZPO. § 339[2].

Der Beschluß muß von Amts wegen der nicht säumigen Partei zugestellt werden, wenn er ihr nicht verkündigt ist; diese hat dann für die Zustellung an die säumige Partei Sorge zu tragen; vor der Zustellung an diese beginnt die Einspruchsfrist nicht zu laufen. Sie bleibt eine Notfrist, wenn auch ihre Dauer durch das Gericht bestimmt ist; nach anderer Meinung ist sie darum eine richterliche Frist. Vgl. dazu oben § 70B III 1.

Übrigens ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (gemäß ZPO. § 175) keine Zustellung im Auslande, wenn sie auch ins Ausland gerichtet ist;[9]) „Zustellung im Ausland" ist im technischen Sinne nur eine Zustellung gemäß §§ 199 ff. ZPO.

2. Das Versäumnisurteil wird erst rechtskräftig, wenn der Einspruch nicht mehr zulässig ist und durch die rechtzeitige Einlegung des Einspruchs wird — ebenso wie durch die rechtzeitige Einlegung eines zulässigen Rechtsmittels — die Rechtskraft des angefochtenen Urteiles gehemmt. ZPO. § 705.

---

[7]) Ein (vertragsmäßiger) Verzicht vor Erlassung eines Versäumnisurteils ist wirkungslos, es sei denn, daß es sich um ein bestimmtes Versäumnisurteil, mit vorausgesehenem bestimmtem Inhalt, handelt. Darüber hinaus fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse. Schlechthin halten einen im voraus erklärten Verzicht für wirkungslos Kohler, Ges. Abhandl. S. 139 ff. (aus Gruchot Bd. 31), Troll S. 200 f.; von den Komment. Struckmann-Koch, Seuffert. — Von einem Verzicht auf den Einspruch ist übrigens zu unterscheiden die Zurückziehung einer mangelhaften Einspruchserklärung. ERG. Bd. 9 Nr. 121.

[8]) Das ist die herrschende Meinung; so auch ERG. Bd. 9 Nr. 121. Die gegenteilige Ansicht ist besonders von Wach vertreten. Gruchot Bd. 25 S. 257 ff., 801.

[9]) Darüber sind die Ansichten geteilt, sowohl unter den Komment. wie in der Praxis; s. die Nachweisungen bei Petersen-Anger zu ZPO. § 339 Note 4.

Soll sich also auf Grund eines Versäumniszwischenurteiles das Verfahren fortsetzen, so muß damit gewartet werden, bis der Einspruch nicht mehr möglich ist.

3. Die Zulässigkeit und die Rechtzeitigkeit des erhobenen Einspruches ist — wie die der Rechtsmittel (vgl. §§ 535, 566) — von Amts wegen zu prüfen. ZPO. § 341.

III. Unstatthaft ist 1. ein „weiterer Einspruch"; d. h. wenn die säumige Partei in dem zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch bestimmten Termine nicht erscheint oder nicht zur „Hauptsache" verhandelt, sei es, daß sie überhaupt nicht, oder daß sie bloß über die Zulässigkeit des Einspruches (nicht zur Streitsache) verhandelt, so kann sie gegen das Versäumnisurteil, durch welches ihr Einspruch verworfen wird, nicht wieder den Einspruch einlegen. ZPO. § 345.

So auch Code de procéd. civ. art. 165: „Opposition sur opposition ne vaut."

Verhandlung zur „Hauptsache" ist auch hier nur (vgl. oben I) im Unterschied von der Verhandlung über die Zulässigkeit des Einspruches verstanden; es genügt nicht eine Verhandlung bloß über die Zulässigkeit des Einspruchs, aber es genügt z. B. die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden.

Zulässig ist dagegen der Einspruch auch gegen ein zweites und weiteres Versäumnisurteil, das in der Hauptsache gegen dieselbe Partei erlassen wird; d. h. das erlassen wird, nachdem wieder die säumige Partei zur Hauptsache (in dem oben bezeichneten Sinne) verhandelt hatte.

Mißbräuchlicher Wiederholung des Einspruches will, auf andere Weise, die Vorschrift des § 708 Nr. 3 entgegenwirken, wonach ein weiteres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnisurteil, auch ohne Antrag, für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

2. Der Einspruch steht ferner nicht zu einer Partei, die den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (gegen die Versäumung einer Einspruchs- oder Rechtsmittelfrist) gestellt und dann die Verhandlung über den Antrag versäumt hat. ZPO. § 238[2].

IV. Ein Einspruch, der an sich unstatthaft oder nicht in der gesetzlichen Form oder Frist eingelegt ist, ist „als unzulässig zu verwerfen".

Der Streit über die Zulässigkeit des Einspruchs ist Zwischenstreit unter den Parteien; s. oben § 82 II 1.

V. Der wirksame Einspruch hat zur Folge, daß das Verfahren wieder aufgenommen wird und zwar in der Lage,[10]) in der es sich vor Eintritt der Versäumnis befand. ZPO. § 342.

1. Es treten also auch alle Parteierklärungen und alle gerichtlichen Entscheidungen wieder in Wirksamkeit, die infolge des Versäumnisurteils ihre Bedeutung verloren hatten.

2. Insoweit sich nach dem Ergebnis des fortgesetzten Verfahrens die in dem Versäumnisurteil enthaltene Entscheidung als begründet

[10]) Vgl. dazu oben § 91 I.

erweist, wird sie *aufrecht erhalten*; nur insoweit auf Grund der neuen Verhandlung eine *abweichende* Entscheidung zu erlassen ist, wird in dem neuen Urteil das Versäumnisurteil *aufgehoben*.[11]) ZPO. § 343.

Wenn aber auch infolge des Einspruches eine abändernde Entscheidung ergeht, so sind doch die durch die Versäumnis entstandenen **Kosten** der säumigen Partei aufzuerlegen, insoweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind; vorausgesetzt, daß das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen war.[12]) ZPO. § 344.

Nicht ganz genau und leicht mißzuverstehen ist der Ausdruck des § 342 ZPO., es werde durch den zulässigen Einspruch „der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand". Ungenau ist er um deswillen, weil ja das Versäumnisurteil durch den Einspruch nicht *beseitigt*, sondern nur *angefochten* wird. Eben darum ist die Vorschrift des § 343 nicht bloß von Bedeutung für die formale Fassung des Urteils; vielmehr folgt daraus auch, daß die Partei, die den Einspruch einlegt, eine von dem Versäumnisurteil abweichende Entscheidung *beantragen* muß; und weiter, daß gegen ein Versäumnisurteil, das bei Versäumung des Beklagten gänzlich die Klage *abweist*, dem Beklagten der Einspruch *nicht* zusteht, so wenig wie eine Partei durch ein Rechtsmittel die ihr günstige Entscheidung anfechten kann. Gerade dieser letztere Punkt ist allerdings bestritten.[13])

3. Das Verfahren wird in die Lage zurückversetzt, in der es sich *vor* Eintritt der *Versäumnis* befand; insbesondere also kommt für das weitere Verfahren nicht in Betracht, daß der Beklagte den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteiles in der Hauptsache gestellt und damit zur Hauptsache mündlich verhandelt hat; er hat insbesondere dadurch nicht (nach ZPO. § 274[3]) seine verzichtbaren prozeßhindernden Einreden verloren.

4. In dem neuen Verfahren können auch *nach* dem Versäumnisurteil entstandene Einwendungen — z. B. eine Abschlagszahlung — geltend gemacht werden.

Wogegen eine Befriedigung, die auf Grund eines für *vorläufig* vollstreckbar erklärten Urteiles erlangt worden ist, der Aufrechterhaltung des Versäumnisurteiles nicht entgegensteht, da diese Befriedigung eben nur eine „vorläufige" war.

5. Daß er sich gegen ein nicht rechtskräftiges Urteil richtet und seine Rechtskraft hemmt, hat der Einspruch mit den Rechtsmitteln gemein, unterscheidet sich aber von ihnen dadurch, daß er die Sache nicht in die höhere Instanz bringt; er hat „*Suspensiveffekt*", aber *nicht* „*Devolutiveffekt*" (vgl. unten § 97 I); daß er die Sache in derselben Instanz beläßt, hat er mit den Wiederaufnahmeklagen (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) gemein, unterscheidet sich aber von diesen dadurch, daß er sich gegen ein *noch nicht rechtskräftiges* Urteil richtet (vgl. unten § 102 I).

---

[11]) Erweist sie sich teilweise als begründet, teilweise als unbegründet, so wird sie teilweise aufrecht erhalten und teilweise das Versäumnisurteil aufgehoben.

[12]) S. insbesondere ZPO. §§ 335, 337. War es *nicht* in gesetzlicher Weise ergangen, so fallen die durch die Versäumnis entstandenen Kosten ungesondert in die Gesamtkosten des Rechtsstreites (ZPO. §§ 91, 92).

[13]) Von *Wach*, Vorträge S. 191.

§ 95.

Besonderheiten des amtsgerichtlichen Verfahrens.[1])

Die Zivilprozeßordnung regelt eingehend nur das landgerichtliche Verfahren und bestimmt sodann (§ 495) hinsichtlich des amtsgerichtlichen Verfahrens: es sollen darauf die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung finden, soweit sich nicht Abweichungen ergeben aus der Verfassung der Amtsgerichte und aus speziellen Bestimmungen, die teils schon im ersten Buche der Zivilprozeßordnung („Allgemeine Bestimmungen") enthalten, teils im zweiten Abschnitte des zweiten Buches (§§ 496 ff.) zusammengestellt sind.

I. Die Besonderheiten des amtsgerichtlichen Verfahrens beruhen zum einen Teile darauf, daß der Amtsrichter als Einzelrichter fungiert (vgl. z. B. ZPO. §§ 45, 139[3], 140, 163, 315). (Vgl. dazu oben § 14a III.)

Ein wesentlicher Unterschied des amtsgerichtlichen vom landgerichtlichen Verfahren besteht ferner darin, daß für das amtsgerichtliche Verfahren kein Anwaltszwang gilt (vgl. ZPO. §§ 79, 83, 88, 90, 115 Nr. 3, 116, 215, 244). Damit hängt es dann wieder zusammen, daß für das amtsgerichtliche Verfahren kein vorbereitender Schriftenwechsel verlangt wird (§ 129), daß, in weiterem Umfange als im landgerichtlichen Verfahren, der Gerichtschreiber den Parteien zu Diensten sein muß (namentlich durch Vermittlung der Zustellungen, §§ 166, 168, vgl. §§ 496 f., 501), daß der Richter intensiver auf die Verhandlung einwirkt und namentlich den Parteien bei der Stellung ihrer Anträge behilflich ist (ZPO. §§ 503, 507). Auch sind die Formen des Verfahrens (insbesondere was seine Eröffnung angeht) vereinfacht.

II. Die in den §§ 496 ff. enthaltenen besonderen Bestimmungen sind folgende.[2])

1. Klagerhebung.

a) Schriftliche Klagerhebung.

Die Klage kann nicht bloß durch Zustellung eines bei Gericht eingereichten Schriftsatzes (ZPO. § 253) erhoben, sondern sie kann auch zu Protokoll des Gerichtschreibers erklärt und durch Zustellung dieses Protokolles erhoben werden.

Die Zustellung der Klage ist, nach erfolgter Terminsbestimmung, durch den Gerichtschreiber zu vermitteln, sofern nicht der Kläger in der

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 495 ff. Planck § 103. Schmidt § 60 I 3.

[2]) Die einzelnen Punkte sind meist schon in verschiedenstem Zusammenhang berührt. Die Zusammenstellung wird hier, im Anschluß an das Gesetz, der Übersichtlichkeit halber gegeben, mag sie auch, streng genommen, — gleich dem folgenden Paragraphen — nicht völlig in den systematischen Zusammenhang passen.

Klagschrift oder dem Klagprotokoll ausdrücklich erklärt hat, selbst die Zustellung besorgen zu wollen. ZPO. § 497.

Die Zustellungsurkunde wird dem Gerichtschreiber übergeben. Der Kläger hat sie sich bei diesem abzuholen und so sich selbst von dem Termine Kenntnis zu verschaffen; zu laden ist er nicht. — Das Klagprotokoll ist die Urschrift der Klage; dies erhält also der Kläger, mit der Zustellungsurkunde (ZPO. § 190), während beim Gericht eine Abschrift verbleibt (ZPO. § 133).

Die regelmäßige Einlassungsfrist ist kürzer als im landgerichtlichen Verfahren (§ 262) und beträgt nur drei Tage, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts, eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reiche erfolgt. § 498[1].

Für Meß- und Marktsachen beträgt sie gleichfalls 24 Stunden; und wenn die Zustellung im Auslande vorzunehmen ist, so ist auch hier die Einlassungsfrist (selbstverständlich nicht kürzer als eine Woche) bei der Terminsanberaumung vom Richter zu bestimmen. § 498[3].

Der § 261[2] gilt nicht für das amtsgerichtliche Verfahren. § 508.

b) Es ist auch eine mündliche Klagerhebung möglich. § 500, vgl. auch § 509.

Die Parteien können an den ordentlichen Gerichtstagen (d. h. an den Tagen, die im voraus für Verhandlungen in Zivilsachen bestimmt sind), in den üblichen Geschäftsstunden, ohne schriftliche Klagerhebung, vor Gericht, zur Verhandlung ihres Rechtsstreites, erscheinen; der Richter muß, obwohl eine Ladung und Terminsbestimmung nicht erfolgt ist, die Verhandlung zulassen (vorausgesetzt natürlich, daß dazu, nach Erledigung der anberaumten Termine, noch Zeit übrig bleibt). Die Klagerhebung erfolgt dann durch mündlichen Vortrag. § 500.

Der Vortrag muß (von der Ladung natürlich abgesehen) den gleichen Inhalt haben wie eine Klagschrift. Es empfiehlt sich, um für das Verfahren (insbesondere für den Fall einer späteren Versäumnis oder einer Klagänderung) eine zuverlässige Grundlage zu gewinnen, den Klagvortrag nach seinem wesentlichen Inhalte zu protokollieren; vorgeschrieben ist freilich nur die Protokollierung des Antrages (§ 509).

Dem Amtsrichter ist es selbstverständlich unbenommen, nach dem Klagvortrag die Sache von Amts wegen zu vertagen. ZPO. § 228.

2. Auch im Laufe eines Rechtsstreites können Ladungen (im Parteibetrieb), ebenso schriftliche Erklärungen, mit denen eine Ladung verbunden ist, in derselben Weise wie die Klagerhebung durch Zustellung eines Protokolles des Gerichtschreibers (§§ 496, 497) bewirkt werden. In der gleichen Weise kann eine Klagrücknahme (ZPO. § 271), die Rücknahme eines Einspruches (ZPO. § 346, vgl. § 515) erfolgen. § 501.

Ebenso eine Nebenintervention (§§ 66 ff.) oder Streitverkündigung (§§ 72 ff.).

Als Fälle von Ladungen führt der § 501 beispielsweise an: Ladung zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, ZPO. § 214, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urteils (ZPO. §§ 326, 327), über den Einspruch (ZPO. §§ 338 ff.), über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (ZPO. §§ 233 ff.), über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens (ZPO. §§ 239 ff.).

3. Durch Zustellung eines Protokolles des Gerichtschreibers können (auch wenn keine Ladung erforderlich ist), zur Vorbereitung einer Verhandlung (§ 132, vgl. § 272, s. auch § 335 Nr. 2), neue Anträge und Erklärungen (auf die sonst der Gegner sich nicht ohne weiteres erklären könnte) mitgeteilt werden. § 502[1].

Solche Mitteilungen können sogar auch ganz formlos geschehen, § 502[2] (z. B. durch einfachen Brief an den Gegner oder seinen Prozeßbevollmächtigten, ZPO. § 176), und ohne Zustellung.

Der Gerichtschreiber kann die Mitteilung des Protokolls nur durch Zustellung bewirken. Aber allerdings wird die Partei, wenn keine Zustellung durch den Gerichtschreiber erfolgen soll (ZPO. § 497), das Protokoll auch formlos mitteilen dürfen.

4. Die Prozeßleitungspflicht des Richters (vgl. ZPO. §§ 136, 139) ist erweitert. Er hat bei der mündlichen Verhandlung nicht nur dafür zu sorgen, daß die Parteien ihre tatsächlichen Erklärungen in möglichster Vollständigkeit abgeben, sondern er hat auch (innerhalb der durch die Vorschrift des § 308 ZPO. gezogenen Schranke) darauf hinzuwirken, daß sie die der Sachlage entsprechenden Anträge (namentlich auch in Hinsicht auf das Verfahren) stellen und hat ihnen denn auch zu diesem Zwecke die nötige Rechtsbelehrung zu erteilen. § 504. (Vgl. oben § 40.)

Z. B. in Hinsicht auf die Beweisantretung, die Unzulässigkeit einer Klagänderung u. s. w.

Insbesondere hat das Gericht, wenn es sachlich unzuständig ist, darauf den Beklagten vor seiner Verhandlung zur Hauptsache aufmerksam zu machen. § 504[2].

Ist die Erklärung auf eine Urkunde unterblieben, so ist sie nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über ihre Echtheit aufgefordert ist. § 507.

5. In besonderer Weise ist die Behandlung der prozeßhindernden Einreden geordnet (§§ 504 f.). Darüber s. oben § 89 VIII B.

6. Erweitert sich im Laufe des Rechtsstreites der Streitgegenstand über die amtsgerichtliche Zuständigkeit hinaus, so hat das Amtsgericht, sofern vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache eine Partei es beantragt, durch Beschluß (nicht durch Urteil, wie es der Regel entsprechen würde) sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen. Der Verweisungsbeschluß ist unanfechtbar (vgl. auch ZPO. § 11). Mit seiner Verkündung geht der Rechtsstreit auf das Landgericht über, die Wirkungen der Rechtshängigkeit werden dadurch nicht berührt, und das Verfahren vor dem Amtsgericht schließt sich mit dem weiteren Verfahren vor dem Landgerichte zu einem einheitlichen Rechtsstreit zusammen; die bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen bleiben denn auch für das weitere Verfahren wirksam, und die Kosten, die durch das seitherige Verfahren erwachsen sind, werden als Teil der Kosten des landgerichtlichen Verfahrens behandelt. § 506 (vgl. oben § 91 II, § 88a IV).

Denn hier war ja anfänglich das Amtsgericht zuständig; anders im Falle des § 505 (vgl. oben § 89 VII). — Hinsichtlich der Verweisung an die Kammer für Handelssachen gelten die §§ 102, 103 GVG.

Die Erweiterung des Streitgegenstandes kann geschehen durch Erweiterung des Klagantrages, ZPO. § 268 Nr. 2, 3, durch Widerklage, ZPO. §§ 33, 278, durch Zwischenfeststellungsklage, ZPO. § 280.

7. Für die amtsgerichtliche Verhandlung gilt nicht die Bestimmung (des § 297), daß Anträge zu verlesen sind. Ein vorbereitendes schriftliches Verfahren (ZPO. §§ 348—354) ist nicht statthaft.

8. Über den Inhalt des Verhandlungsprotokolles trifft § 509 besondere Bestimmung (s. darüber oben § 50 I).

§ 96.

Anhang. Das amtsgerichtliche Sühneverfahren.[1])

I. Vor der Erhebung einer Klage kann die Mitwirkung des Amtsgerichtes zum Versuche friedlicher Beilegung des Rechtsstreites in Anspruch genommen werden. ZPO. § 510. Es kann zu diesem Zwecke, „zum Zwecke eines Sühneversuches", jeder, der eine Klage zu erheben beabsichtigt, unter hinreichender Bezeichnung des Streitgegenstandes, den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor dem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Dabei kommt gar nichts darauf an, ob dieses Gericht auch für die Entscheidung über die Klage zuständig wäre, ob die Streitsache zur amtsgerichtlichen Kompetenz gehört, ja ob nicht dafür bei einem anderen Gerichte sogar ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet wäre.

Die Ladung kann auch von dem angeblich Anspruchsverpflichteten ausgehen; denn die beabsichtigte Klage kann auch eine negative Feststellungsklage sein.

Für die Zustellung der Ladung gilt ZPO. § 166[2] (vgl. § 167), und auf die Form ist § 501 entsprechend anzuwenden.

Nach der Klagerhebung greift ZPO. § 296 Platz.

II. Der Gegner ist zu erscheinen nicht verpflichtet. Sind beide Parteien erschienen und kommt es zum Abschluß eines Vergleiches, so ist derselbe zu protokollieren.

Der protokollierte Vergleich bildet einen Vollstreckungstitel ebenso wie ein nach der Klagerhebung geschlossener Vergleich. ZPO. § 794 Nr. 1, 2.

Der „Vergleich" kann in einem Verzicht oder Anerkenntnis bestehen, wenn auch scheinbar darauf der Begriff eines Vergleiches (BGB. § 779) nicht paßt; es ließe sich wohl auch hier (vgl. oben § 33 N. 4) sagen, daß doch der andere Teil insofern nachgebe, als er darauf verzichte, ein förmliches Urteil zu erwirken, wie er sonst (ZPO. §§ 306 f.) könnte.

---

[1]) Es wird, der Legalordnung entsprechend, aus Zweckmäßigkeitsgründen, hier im Anschluß an das amtsgerichtliche Verfahren behandelt (oben § 16 IV); daß es streng systematisch nicht hieher gehört, ist selbstverständlich.

III. Kommt es nicht zum Vergleich, so wird, wenn beide Teile darauf antragen, der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Klagerhebung erfolgt dann, wie nach ZPO. § 500[2] (s. oben § 95 II 1), durch mündlichen Vortrag.

IV. Ist der Gegner nicht erschienen oder der Sühneversuch erfolglos geblieben und kommt es zum Prozesse, so werden die durch den Sühnetermin entstandenen Kosten als zu den Prozeßkosten gehörig angesehen.

Es fehlt an einer besonderen Bestimmung darüber, wie es zu halten sei, wenn der Ladende nach fruchtlosem Sühneversuch keine Klage erhebt; der Gegner kann in diesem Falle mit Sicherheit zum Ersatze der Terminskosten nur so gelangen, daß er seinerseits „den Rechtsstreit" anhängig macht (was ja auch mittels negativer Feststellungsklage geschehen kann).

Erscheint der Ladende nicht, so ist ZPO. § 510[3] analog anzuwenden.[2]) Ist man anderer Meinung, so könnte nur ein nach BGB. (etwa nach § 823) begründeter Anspruch im Klagwege geltend gemacht werden.

Siebentes Buch.

Rechtsmittel und Wiederaufnahme des Verfahrens.

1. Kapitel.

Rechtsmittel.[1])

§ 97.

Einleitung.

I. Rechtsmittel nannte die gemeinrechtliche Jurisprudenz diejenigen Rechtsbehelfe, deren sich eine Partei bedienen kann, um eine gerichtliche Entscheidung anzufechten und eine ihr (der anfechtenden Partei) günstigere Entscheidung herbeizuführen.[2])

Die Bezeichnung „Rechtsmittel" schließt sich an den Ausdruck „remedium" an, der sich mehrfach in dieser Bedeutung in den römischen Rechtsquellen findet; s. z. B. fr. 23 § 1 de cond. indeb. (12, 6): „sententia — quae nullo remedio adtemptari potest." „Recht" ist hier wie sonst im altertümlichen Sinne als „Gericht" zu verstehen. Rechtsmittel bedeutet hienach seinem ursprünglichen Wortsinne nach: ein Mittel

---

[2]) Das widerspricht der herrschenden Meinung.

[1]) Komment. zu ZPO. Buch 3. Planck §§ 138 ff. Schmidt §§ 100 ff. Wach, Vorträge S. 243 ff. Harras v. Harrasowsky, Die Rechtsmittel im Zivilprozeß (1879). v. Kries, Die Rechtsmittel im Zivil- und Strafprozeß (1880). Barazetti, Die Rechtsmittel der Berufung und Beschwerde (1882).

[2]) Wetzell §§ 52 ff.

zur Heilung („Remedur") fehlerhafter gerichtlicher Entscheidungen. — Seinen historischen Ursprung hatte das gemeinrechtliche Rechtsmittelsystem im Prozesse der römischen Kaiserzeit.

Solange eine Entscheidung angefochten werden kann, ist sie noch keine endgültige, und um die durch den Prozeß erstrebte Rechtsgewißheit herbeizuführen, ist es daher notwendig, die regelmäßigerweise zulässigen Rechtsmittel in bestimmte zeitliche Schranken einzuschließen.

Diejenigen Rechtsmittel, die regelmäßigerweise und darum nur innerhalb einer bestimmten Frist (einer Frist von 10 Tagen — das sogen. „decendium" — nach der Verkündung oder der Zustellung des Urteiles) zulässig waren, bezeichnete man als „ordentliche" Rechtsmittel; als „außerordentliche" bezeichnete man diejenigen, welche, nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig, an keine absolut bestimmte Frist gebunden waren.

Zu den ersteren rechnete man die Berufung (Appellation) und die Nichtigkeitsbeschwerde wegen heilbarer Nichtigkeit (querela nullitatis sanabilis), zu den letzteren das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) und die Nichtigkeitsbeschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit (querela nullitatis insanabilis).

Rechtskraft, „formelle" Rechtskraft, des Urteils und ordentliche Rechtsmittel waren hienach einander entsprechende Begriffe. Ein Urteil war formell rechtskräftig, wenn es nicht mehr mit Hilfe eines ordentlichen Rechtsmittels angefochten werden konnte; seine formelle Rechtskraft trat nicht ein, solange noch ein ordentliches Rechtsmittel dagegen zulässig war, und durch die Einlegung eines ordentlichen Rechtsmittels war die Rechtskraft des Urteiles gehemmt, „suspendiert"; darum schrieb man den ordentlichen Rechtsmitteln „Suspensiveffekt" zu. Die außerordentlichen Rechtsmittel haben keinen Suspensiveffekt und richten sich gegen bereits rechtskräftig gewordene Entscheidungen.

Diese Unterscheidung ordentlicher und außerordentlicher Rechtsmittel und den ihr zu Grunde liegenden allgemeinen Begriff des Rechtsmittels hat die Zivilprozeßordnung nicht angenommen.

Die Zivilprozeßordnung faßt den Begriff der Rechtsmittel wesentlich enger und versteht darunter nur solche Rechtsbehelfe, welche nicht formell rechtskräftige Entscheidungen anfechten, und zwar vor einem übergeordneten Gerichte. Die Rechtsmittel der Zivilprozeßordnung bringen sämtlich die Sache vor ein höheres Gericht, haben sämtlich „Devolutiveffekt" (die Sache wird durch sie „devolviert" vom „iudex a quo" an den „iudex ad quem"). Die beiden Klagen auf Wiederaufnahme des Verfahrens, die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage, die sich gegen schon rechtskräftige Endurteile richten, sind also nicht Rechtsmittel im Sinne der Zivilprozeßordnung. Der Einspruch aber, der sich gegen nicht rechtskräftige Versäumnisurteile richtet und deren Rechtskraft hemmt, wird zu den Rechtsmitteln darum nicht gerechnet, weil er die Sache nicht vor ein höheres Gericht bringt.

II. Die Rechtsmittel sind dem Parteiinteresse dienende Rechtsbehelfe.

1. Sie setzen daher voraus, daß durch die angefochtene Entscheidung das Interesse derjenigen Partei, welche das Rechtsmittel einlegt, verletzt, daß die Entscheidung der anfechtenden Partei in irgendwelchem Sinn nachteilig sei.[3])

Den in der Entscheidung gelegenen Nachteil, dessen Beseitigung die Partei anstrebt, bezeichnete die gemeinrechtliche Rechtssprache als „Beschwerde", „gravamen".

Da aber die Partei keine andere als eine richtige Entscheidung verlangen kann, so muß sie notwendig behaupten, daß ihre Benachteiligung eine ungerechtfertigte, die Entscheidung, insofern sie ihr nachteilig, eine unrichtige sei.

2. Weil die Rechtsmittel bestimmungsgemäß dem Interesse der Partei dienen sollen, die sie einlegt, so können sie niemals zu ihrem Nachteil, niemals zum Vorteile des Gegners ausschlagen. Will der Gegner eine Änderung der Entscheidung, so muß er sie gleichfalls anfechten (was bei Berufung und Revision auch in Form eines „Anschlusses" an das von dem Gegner eingelegte Rechtsmittel geschehen kann, vgl. unten § 98 IX). „Keine reformatio in peius!"

3. Weil die Rechtsmittel dem Parteiinteresse dienen sollen, so können die Parteien darauf Verzicht leisten.

III. Die Rechtsmittel teilen sich in Rechtsmittel gegen Endurteile und in Rechtsmittel gegen Entscheidungen anderer Art.

1. Der Rechtsmittel gegen Endurteile gibt es zwei: die Berufung und die Revision.

2. Die einfache und die sofortige Beschwerde dienen zur Anfechtung von Beschlüssen oder Verfügungen, die sofortige Beschwerde auch zur Anfechtung gewisser Zwischenurteile (wogegen andere Zwischenurteile überhaupt nicht selbständig angefochten werden können, wieder andere hinsichtlich der Anfechtbarkeit den Endurteilen gleichgestellt sind, vgl. unten § 98 I).

Nur in einem besonderen Falle findet gegen ein Endurteil (gegen die Entscheidung nur über den Kostenpunkt ohne Entscheidung in der Hauptsache) sofortige Beschwerde statt. ZPO. § 99[3].

IV. Es sollen im folgenden zunächst die den Rechtsmitteln gegen Endurteile gemeinsamen Grundsätze zusammengestellt werden.

---

[3]) Daher ist ein Rechtsmittel des Klägers gegen ein die Klage abweisendes Urteil auch dann unzulässig, wenn nachträglich sich sein Anspruch erledigt hat. ERG. Bd. 45 Nr. 113.

§ 98.

Gemeinsames über Berufung und Revision.

I. Berufung wie Revision sind nur gegen Endurteile statthaft und gegen gewisse Zwischenurteile, welche ausnahmsweise, hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit, den Endurteilen gleichgestellt sind. ZPO. §§ 511, 545.

1. Endurteile[1]) sind jedenfalls die Urteile, welche den ganzen Prozeß zu erledigen bezwecken; also: die Urteile, durch welche über den Klaganspruch entschieden, ferner das Urteil, durch welches die Klage aus prozessualem Grunde abgewiesen wird. Endurteile sind aber auch die Teilurteile, die Urteile, durch welche nur über einen Teil des Klaganspruches oder nur über einen von mehreren geltend gemachten Ansprüchen entschieden wird. ZPO. § 301. Endurteile sind denn auch die Ergänzungsurteile. ZPO. § 321. Als Endurteile bezeichnet das Gesetz aber auch die Eidesurteile (obwohl sie in Wahrheit Zwischenurteile sind), insofern sie nämlich schon in bedingter Weise den Prozeß erledigen (vgl. oben § 60), Endurteile sind die Läuterungsurteile.

Gewisse Zwischenurteile stellt das Gesetz in Hinsicht auf die Anfechtbarkeit den Endurteilen gleich: das Urteil, durch welches prozeßhindernde Einreden verworfen werden, das Urteil, durch welches ein Anspruch, der nach Grund und Betrag streitig ist, seinem Grunde nach festgestellt wird (ZPO. §§ 275, 304) — grundlegende Entscheidungen, deren direktes Gegenteil Klagabweisuug, also Endurteil sein würde; ferner die Vorbehaltsurteile, Urteile, durch welche, in verschiedenartigen Fällen, über den Klaganspruch unter Vorbehalt von vorläufig unberücksichtigten Verteidigungsmitteln entschieden wird. ZPO. §§ 302, 540, 599.

Es ist also möglich, daß gleichzeitig ein Rechtsmittel gegen ein solches Zwischenurteil und gegen das nachher erlassene Endurteil schwebt. Es ist weiter möglich, daß durch die Aufhebung des Zwischenurteils, welches den Anspruch seinem Grunde nach festgestellt, oder des Zwischenurteils, das prozeßhindernde Einreden verworfen hatte, und durch die damit verbundene Abweisung der Klage das Rechtsmittel gegen das Endurteil sich von selbst erledigt, das Endurteil — auch das bereits rechtskräftig gewordene — von selbst hinfällig wird.[2])

Endurteile sind aber auch die Entscheidungen, durch welche der Prozeß, wenn auch nicht überhaupt, so doch für dieses Gericht oder gegenüber dieser Partei erledigt wird; so die Verweisungsurteile nach ZPO. §§ 276, 505, Urteile, durch welche eine Partei aus dem Rechtsstreit entlassen (so nach ZPO. §§ 75—77) oder umgekehrt einer Partei der Eintritt in den Prozeß versagt wird (so im Falle der Rechtsnachfolge,[3])

---

[1]) Vgl. dazu oben § 79. Seuffert, Z. Bd. 7 S. 7 ff.

[2]) ERG. Bd. 5 Nr. 121, Bd. 16 Nr. 86, Bd. 39 Nr. 98. Vgl. oben § 57 bei Note 2, § 89 VIII A 3.

[3]) S. oben § 91 I.

ZPO. §§ 239, 266); Endurteil ist denn auch ein Urteil, durch welches über ein Rechtsmittel entschieden wird, sollte es auch den Prozeß im ganzen noch nicht beendigen, insbesondere die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die untere Instanz zurückverweisen. Vgl. dazu unten § 99 VII D.

2.[4]) Ob ein Urteil mit Berufung oder Revision anfechtbar ist, bestimmt sich nach seinem Inhalt; es kommt nicht darauf an, ob sich das erkennende Gericht des wahren prozessualen Charakters seiner Entscheidung bewußt geworden ist oder ob es die vorgeschriebene Form beobachtet hat; denn es kann der Partei nicht durch das Versehen des Gerichtes ein ihr gesetzlich zustehendes Recht entzogen werden.[5]) Anderseits aber kann eine Entscheidung, die nach der Absicht des Gerichtes Endurteil oder ihnen gleichgestelltes Zwischenurteil sein soll, mit dem gegen eine derartige Entscheidung zulässigen Rechtsmittel angefochten werden, auch wenn ihnen diese ihr vom Gericht beigelegte Eigenschaft in Wahrheit nicht zukommt; denn auf andere Weise wäre den Parteien die formelle Beseitigung der unrichtigen Entscheidung nicht möglich.[6])

3. Andere Entscheidungen, insbesondere solche, welche die Sache selbst betreffen, können nicht selbständig mit der Berufung oder Revision angefochten werden; sie können aber mittelbar angefochten werden; indem nämlich das Urteil angefochten wird, das auf ihnen beruht: der Beurteilung des Rechtsmittelgerichts unterliegen auch die dem Endurteile vorausgegangenen Entscheidungen; ausgenommen nur solche Entscheidungen, welche überhaupt der Anfechtung, also auch der mittelbaren Anfechtung entzogen (z. B. §§ 46, 270, 355 u. s. w.) sind oder welche, weil selbständig mit der Beschwerde anfechtbar, nicht auch noch der mittelbaren Anfechtung unterworfen sein sollen. ZPO. §§ 512, 548.

Damit stellt sich die ZPO. in bewußten Gegensatz zum gemeinen Prozeßrecht,[7]) welches die Berufung auch gegen Zwischenurteile (Interlokute) zuließ: gegen Dezisivdekrete, die einen Streit unter den Parteien entscheiden, und gegen solche Dekrete, die ein Gesuch — wenn auch ohne Gehör des Gegners — zurückweisen (im einzelnen blieb gar manches streitig). Durch die Einlegung des Rechtsmittels wurde die Rechtskraft des Interlokutes und damit der Fortgang des Prozesses gehemmt. Darin war einer der Hauptgründe für die Schwerfälligkeit und Langsamkeit des gemeinen Prozesses gelegen.

4. Ein Versäumnisurteil kann von der Partei, gegen die es erlassen ist, nicht mit der Berufung oder der Revision, sondern nur mit dem Einspruch angefochten werden. ZPO. §§ 513, 566. Dazu s. oben § 94 I 5.

---

[4]) Dazu vgl. besonders Gaupp-Stein, Vorbemerk. III zu Buch 3 der ZPO. mit reichhaltigem Material.

[5]) ERG. Bd. 16 Nr. 68.

[6]) ERG. Bd. 49 Nr. 82 und die hier gegebenen Nachweisungen.

[7]) Wetzell § 51.

Die nichtsäumige Partei aber kann das Urteil, sofern es ihr nachteilig ist, mit dem zulässigen Rechtsmittel anfechten; insbesondere also steht dem Kläger die Berufung zu gegen ein Urteil, durch welches seine Klage auf Grund des § 331[2] ZPO. abgewiesen worden ist.

Nur ein Versäumnisurteil, wogegen an sich (wegen wiederholter Versäumnis: ZPO. §§ 238[2], 345) kein Einspruch statthaft ist, kann auch von der säumigen Partei durch ein Rechtsmittel aus dem Grunde angefochten werden, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe, ein Versäumnisurteil (z. B. aus einem der in § 335 bezeichneten Gründe) nicht hätte erlassen werden dürfen.[8])

II. Die Anfechtung kann sich darauf gründen, daß das Urteil seinem Inhalte nach unrichtig sei, oder daß es (von seinem Inhalte ganz abgesehen) auf einer unrichtigen prozessualen Grundlage beruhe. Seinem Inhalte nach kann das Urteil unrichtig sein, weil die Tatfrage oder weil die Rechtsfrage nicht richtig entschieden ist.[9]) Die Tatfrage ist unrichtig entschieden, wenn erhebliche Tatsachen nicht berücksichtigt oder als unwahr angenommen, oder wenn unwahre tatsächliche Behauptungen als wahr angenommen sind. Die Rechtsfrage ist unrichtig entschieden, wenn auf den gegebenen Tatbestand ein Rechtssatz unrichtig angewandt oder unrichtigerweise nicht angewandt ist.

Die Berufung nun kann das Urteil nach jeder dieser Richtungen hin angreifen, wogegen die Revision nur auf eine Verletzung des objektiven Rechtes gegründet werden kann; diese Rechtsverletzung aber kann gefunden werden im Inhalte der Entscheidung selbst oder in dem Verfahren, auf welchem sie beruht.[10])

III. Die Berufung findet nur gegen in erster Instanz erlassene Urteile statt; gegen Berufungsurteile gibt es keine weitere Berufung. ZPO. § 511.

Zur Entscheidung zuständig sind: über die Berufung gegen amtsgerichtliche Urteile die Zivilkammern der Landgerichte (und zwar auch in solchen Sachen, die in erster Instanz zum Geschäftskreis der Kammern für Handelssachen gehören würden), über die Berufung gegen landgerichtliche Urteile die Zivilsenate der Oberlandesgerichte. GVG. §§ 71, 123 Nr. 1.

Die Revision findet nur gegen Urteile statt, die von den Oberlandesgerichten in der Berufungsinstanz erlassen sind. ZPO. § 545.

Zuständig zur Entscheidung über die Revision ist das Reichs-

---

[8]) Nimmt das Rechtsmittelgericht an, daß der Fall der Versäumung vorgelegen habe, so ist das Rechtsmittel als unbegründet (nicht als unzulässig) zu verwerfen. ERG. Bd. 51 Nr. 47.

[9]) Vgl. oben § 56 III.

[10]) „Error in iudicando — in procedendo."

gericht. GVG. § 135 Nr. 1.[11]) (Bezw. das bayrische oberste Landesgericht. E.GVG. § 8; vgl. oben § 11 III.)

Gegen in der Berufungsinstanz von den Landgerichten erlassene Urteile gibt es nach dem Gesagten kein weiteres Rechtsmittel. Hienach gibt es für amtsgerichtliche Sachen zwei, für landgerichtliche Sachen drei Instanzen. — „Ein Recht der drei Instanzen" war für das gemeine Prozeßrecht angenommen und im Art. 12 der Deutschen Bundesakte von 1815 ausdrücklich anerkannt worden.

IV. Über die Rechtsmittel gegen Endurteile kann nur durch Endurteil auf Grund mündlicher Verhandlung entschieden werden.

V. Eingelegt wird die Berufung und ebenso die Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner.

1. Dieser Schriftsatz muß enthalten:

a) Die Bezeichnung des angefochtenen Urteils.

b) Die Erklärung, daß gegen dieses Urteil die Berufung — die Revision eingelegt werde.

Daß gerade diese Worte gebraucht sind, ist nicht notwendig; es genügt, wenn die Absicht erhellt, das Urteil durch ein Rechtsmittel anzufechten.

c) Die Ladung des Gegners[12]) (des Berufungsbeklagten — Revisionsbeklagten) vor das Rechtsmittelgericht zur mündlichen Verhandlung über das Rechtsmittel. ZPO. §§ 518[1 2], 553[1].

2. Das sind die wesentlichen Erfordernisse des Rechtsmittelschriftsatzes; mangelt es an einem derselben, so ist das Rechtsmittel unwirksam. Außerdem aber soll der Schriftsatz auch gleich der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dienen und daher den allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze entsprechen. ZPO. §§ 519[1], 554[1].

3. Vor der Zustellung muß der Schriftsatz (wegen der darin enthaltenen Ladung) zum Zwecke der Terminsbestimmung beim Rechtsmittelgerichte eingereicht werden; bei der Einreichung soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils (nicht „eingereicht", sondern) vorgelegt werden. ZPO. §§ 518[3], 553[2].

Es soll dadurch dem Vorsitzenden gleich ein Überblick über den Umfang der Sache gewährt und so eine zweckmäßige Terminsbestimmung ermöglicht werden.

4. Durch die Einlegung des Rechtsmittels wird der Prozeß in der Rechtsmittelinstanz anhängig; es wird durch sie die Rechtsmittelinstanz eröffnet, wie durch die Klagzustellung die erste Instanz.

---

[11]) Dazu vgl. EG. zur ZPO. §§ 7—9.

[12]) Ohne eine in dem Rechtsmittelschriftsatz enthaltene Ladung (vgl. oben § 69) ist das Rechtsmittel ungültig; zu einer Ladung gehört aber notwendig auch eine Terminsbestimmung; ERG. Bd. 2 Nr. 111, Bd. 9 Nr. 113. Doch schadet es nicht, wenn nicht ausdrücklich der Zweck der Ladung angegeben ist (ERG. Bd. 4 Nr. 96) oder wenn in der Ladung das Gericht nicht bezeichnet ist, vor welches geladen wird; genug, daß es aus der Terminsbestimmung erhellt (ERG. Bd. 6 Nr. 103). Wohl zu rigoros hält ERG. Bd. 45 Nr. 98 eine Ladung des Gegners zu dem auf dessen Berufung anberaumten Termin für ungenügend.

Und zwar wird — durch die Berufung wie durch die Revision — prinzipiell die ganze Sache in die höhere Instanz gebracht. Zu den wesentlichen Erfordernissen der Rechtsmittelschriftsätze als solcher gehören nicht die Rechtsmittelanträge; nur insofern diese Schriftsätze zugleich der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dienen, sollen sie die Erklärung enthalten, inwieweit das Urteil angefochten, inwieweit seine Abänderung oder Aufhebung beantragt werde.[13])

Die Rechtsmittelanträge können im Laufe der Verhandlung erweitert oder beschränkt, sie können sogar völlig geändert, insbesondere auch gegen einen anderen selbständigen Teil der Entscheidung (z. B. die Entscheidung über einen anderen von mehreren Ansprüchen) gerichtet werden. ZPO. §§ 519, 554.

VI. Zwischen der Zustellung der Rechtsmittelschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß (wie bei der Klage) eine Einlassungsfrist in der Mitte liegen, auf welche die Vorschriften über die Einlassungsfrist im landgerichtlichen Verfahren erster Instanz entsprechend anzuwenden sind. ZPO. §§ 520, 555, vgl. § 262.

VII. Verzicht und Rücknahme (vgl. ZPO. § 566).

1. Nach Erlassung des Urteils kann auf seine Anfechtung auch durch einseitige Erklärung (gegenüber dem Gericht oder gegenüber dem Gegner) verzichtet werden. ZPO. § 514.

Eine ausdrückliche Erklärung ist erforderlich; konkludente Handlungen genügen nicht.[14])

Die Wirksamkeit eines Verzichtes vor Erlassung eines Urteiles soll sich (einer Äußerung der Motive zufolge) nach bürgerlichem Recht bestimmen.[15]) Aber für die prozessuale Wirksamkeit eines Aktes kann nur das Prozeßrecht maßgebend sein.[16]) Aus der Bestimmung des § 513 läßt sich soviel deduzieren, daß ein Verzicht vor Erlassung des Urteils zulässig, daß dazu aber eine einseitige Erklärung nicht ausreichend, vielmehr ein Vertrag erforderlich sei.

Unwirksam kann der Verzicht insbesondere darum sein, weil er eine Nebenberedung eines unwirksamen Vertrages bildet.[17])

---

[13]) Maßgebend für die Kognition des Rechtsmittelgerichts sind nur die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge. ERG. Bd. 7 Nr. 114, Bd. 8 Nr. 41, Bd. 16 Nr. 83.

[14]) So die herrschende Meinung, welche durch die Entstehungsgeschichte bestätigt wird; auch ERG. Bd. 16 Nr. 83. Gegenteiliger Ansicht Kohler, Ges. Beiträge S. 136 N. 15 (Gruchot Bd. 31). Auch hier tritt wieder die Verschiedenheit des prinzipiellen Standpunktes (vgl. oben § 76 Note 2) zu Tage. — Vgl. auch ERG. Bd. 5 Nr. 105.

[15]) Für das gemeine Recht konnte man sich auf l. 1 § 3 D. quib. app. non lic. (49, 2) und auf l. 5 § 6 C. de temp. et repar. app. (7, 63) berufen; vgl. ERG. Bd. 20 Nr. 92, Bd. 36 Nr. 108.

[16]) So auch Hellwig, Anspruch § 24 N. 9.

[17]) ERG. Bd. 20 Nr. 92, Bd. 36 Nr. 108.

2. Für die Zurücknahme[18]) des bereits eingelegten Rechtsmittels gelten zum Teil analoge Grundsätze wie für die Zurücknahme der Klage.

a) Die Zurücknahme ist bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Rechtsmittelbeklagten schlechthin zulässig, nachher nur noch mit Einwilligung des Rechtsmittelbeklagten.[19])

Die Zurücknahme kann bei der mündlichen Verhandlung erklärt werden oder durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen.

b) Die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels hat aber 1) eine weitergehende Wirkung als die Zurücknahme der Klage; sie hat den Verlust des Rechtsmittels zur Folge.[20])

Das zurückgenommene Rechtsmittel kann also (auch innerhalb der Rechtsmittelfrist) nicht von neuem eingelegt werden. Und zwar auch nicht mit Einwilligung des Gegners; ist durch den Verlust des Rechtsmittels das Urteil einmal rechtskräftig geworden, so kann ihm die Rechtskraft nicht mehr durch den Willen der Parteien wieder genommen werden.

Dementsprechend ist denn auch das Rechtsmittel zu verwerfen, wenn es von einem ausländischen Kläger eingelegt ist und dieser die ihm obliegende Sicherheit für die Prozeßkosten nicht rechtzeitig leistet. ZPO. § 113.

Die Zurücknahme verpflichtet 2) den Rechtsmittelkläger die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen.

Diese beiden Wirkungen der Zurücknahme sind auf Antrag des Gegners durch Urteil auszusprechen. ZPO. § 515.[21])

VIII. Berufung wie Revision können nur innerhalb der Frist eines Monates nach Zustellung des Urteiles, können aber auch gleichzeitig mit der Zustellung des Urteiles eingelegt werden; die Frist ist eine Notfrist. ZPO. §§ 516, 552.

Es bedarf also — abweichend von der Regel des § 312[2] ZPO. — der Zustellung des Urteils durch eine Partei (§ 317[1]), um die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen. Vgl. oben § 65 IV.

1. Die Rechtsmittelfrist ist stets eine einheitliche für beide Parteien; denn sie beginnt mit der Zustellung des Urteiles auch für diejenige

---

[18]) Dazu speziell noch Möller, Gruchot Bd. 26 S. 182 ff. Schultzenstein, Gruchot Bd. 27 S. 229 ff. Birkmeyer, Rechtsfälle S. 1 ff. (dazu Seuffert, Krit. V.J.Schrift Bd. 27 S. 477 ff.).

[19]) Dazu vgl. das oben § 90 II bezüglich der Klagrücknahme Bemerkte.

[20]) Die Rücknahme des Rechtsmittels ist die Erklärung, die Entscheidung des Rechtsmittelgerichtes nicht mehr zu wollen; das ist Verzicht. So die (durch die Motive zu § 456 des Entw. III, Hahn, Materialien S. 351, unterstützte) Meinung; vgl. auch ERG. Bd. 9 Nr. 121 (auf den Einspruch bezüglich, vgl. ZPO. § 346), Bd. 38 Nr. 117 (S. 427) und Nr. 119 (S. 432). Dagegen Seuffert, Gaupp-Stein, die innerhalb der Rechtsmittelfrist erneute Einlegung zulassen. Auch hier ist, wie beim Einspruch, zu sagen, daß die Zurückziehung einer unwirksamen Erklärung keinen Verzicht bedeutet. ERG. Bd. 9 Nr. 121.

[21]) Ergeht es in Abwesenheit des Rechtsmittelklägers, so ist es Versäumnisurteil; vgl. oben § 94 I 3. ERG. Bd. 50 Nr. 94.

Partei, welche die Zustellung bewirkt hat (ZPO. § 221[2]), und vor Zustellung des Urteiles ist die Einlegung des Rechtsmittels wirkungslos. §§ 516[3], 552[3].

Durch diese letztere Bestimmung soll gerade vermieden werden, daß sich die Rechtsmittelfrist für beide Parteien verschieden bestimme.

2. Wird innerhalb der Berufungsfrist ein Urteil (gemäß § 321 ZPO.) durch nachträgliche Entscheidung ergänzt, so wird die Berufungsfrist unterbrochen und beginnt von neuem mit der Zustellung der nachträglichen Entscheidung: es läuft also ein und dieselbe Frist für die Anfechtung der ersten und der nachträglichen Entscheidung. Erfolgt aber die Verkündung der nachträglichen Entscheidung erst nach Ablauf der Berufungsfrist, so wird dieselbe nicht wieder eröffnet. In jedem Falle aber werden, wenn beide Urteile von derselben Partei angefochten sind, die beiden Berufungen miteinander verbunden. ZPO. § 517. Auf die Revision findet diese Bestimmung keine Anwendung.

3. Ist zur Zeit der mündlichen Verhandlung die Rechtsmittelfrist noch nicht verstrichen, so kann der Rechtsmittelbeklagte Vertagung bis zum Ablaufe der Frist verlangen; er kann verlangen, daß ihm die ganze Rechtsmittelfrist zur Vorbereitung (für seine Verteidigung und etwaige Anschließung) frei bleibe; auch wird so für den Fall, daß auch der Rechtsmittelbeklagte das Rechtsmittel einlegt, die Einheitlichkeit der Verhandlung gewahrt. ZPO. §§ 524, 566.

4. Wenn bei Versäumnis des Gegners die Klage (bezw. die Berufung) teilweise abgewiesen wird (ZPO. §§ 331, 542), so kann es sein, daß gegen dasselbe Urteil zugleich der Einspruch und die Berufung oder Revision eingelegt wird; damit nun in solchem Fall die Sache nicht zugleich in zwei Instanzen verhandelt werde, ist bis zur Erledigung des Einspruches die Verhandlung über das Rechtsmittel — auch von Amts wegen — zu vertagen. ZPO. §§ 524, 566.

5. Ist die Zustellung des Urteiles mangelhaft, so kann die Rechtsmittelfrist nicht beginnen, und der Mangel kann auch nicht (nach § 295 ZPO.) geheilt werden, da der Lauf der Notfristen und also auch ihr Beginn durch den Parteiwillen nicht beeinflußt werden kann. Vgl. dazu oben § 84 II 3.

IX. Wenn auch an und für sich das Rechtsmittel nur derjenigen Partei, die es eingelegt hat, zu gute kommen, nicht zu einer ihr nachteiligen Änderung des Urteiles führen kann, so ist doch in der Verhandlung über das Rechtsmittel auch der Gegner befugt, eine Änderung des Urteiles zu seinen Gunsten zu beantragen; es bedarf dazu nicht einer förmlichen Rechtsmitteleinlegung von seiner Seite. Eine solche Anfechtung des Urteiles durch den Rechtsmittelbeklagten bezeichnet man als „Anschließung". Eine Anschließung ist möglich bis zum Schlusse

der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil[22]) ergeht. ZPO. §§ 521, 566.

Sie kann nur in der Verhandlung durch mündliche Erklärung erfolgen.

Ein Schriftsatz, in dem die Anschließung erklärt wird, hat nur vorbereitende Bedeutung.[23])

Die Anschließung kann aber auch in Abwesenheit des Gegners erklärt werden.[24])

Sie kann auch eventuell erklärt werden für den Fall, daß dem Rechtsmittel stattgegeben werde,[25]) da sich jedenfalls zur Zeit der Entscheidung die Bedingung entschieden haben muß.

1. Sie ist zulässig, auch wenn die Rechtsmittelfrist abgelaufen ist, und auch wenn die sich anschließende Partei schon auf das Rechtsmittel verzichtet oder es durch Rücknahme verloren hatte.

Die Partei, die das Urteil nur für den Fall anfechten will, daß auch der Gegner es anfechte, braucht demnach selbständig ein Rechtsmittel nicht einzulegen, da ihr eben doch immer noch die Anschließung offen steht.

Selbstverständlich kann von vornherein auch auf die Anschließung ausdrücklich verzichtet werden.

2. Die Anschlußpartei kann das Urteil in seinem ganzen Umfange anfechten, auch soweit es vom Gegner nicht angefochten ist; ein Zusammenhang mit der Anfechtung des Gegners ist nicht erforderlich; die Anschließung kann sich sogar auf ganz andere Ansprüche beziehen. Das folgt daraus, daß das Rechtsmittel prinzipiell die ganze Sache in die höhere Instanz bringt und die Anträge in dem Rechtsmittelschriftsatz nur vorbereitende Bedeutung haben.[26])

3. Ein Versäumnisurteil, gegen welches nach § 513 ZPO. dem Säumigen ein Rechtsmittel nicht zusteht, kann von ihm auch durch Anschließung nicht angefochten werden. ZPO. § 521[2].

4. Das Anschlußrechtsmittel ist als solches von der Geltung des selbständigen Rechtsmittels abhängig; es wird wirkungslos, wenn dieses zurückgenommen oder als unzulässig[27]) verworfen wird; wie denn auch insoweit eine Anschließung nicht möglich ist, als der Gegner auf die Anfechtung eines selbständigen Teiles der Entscheidung (der Entscheidung über einen von mehreren Klagansprüchen) ausdrücklich verzichtet hat.

---

[22]) Nach Erlassung eines Teilurteiles also nicht mehr in Bezug auf den durch dasselbe erledigten Teil des Streitgegenstandes. ERG. Bd. 25 Nr. 65.

[23]) Das ist allgemein anerkannt. S. auch ERG. Bd. 46 Nr. 110 und die Anführungen daselbst auf S. 388.

[24]) So auch ERG. Bd. 8 Nr. 114, Bd. 12 Nr. 126.

[25]) So auch ERG. Bd. 13 Nr. 92.

[26]) ERG. Bd. 46 Nr. 105.

[27]) Selbstverständlich nicht, wenn es als unbegründet verworfen wird; auch durch einen Verzicht auf den Klaganspruch wird es nicht berührt. ERG. Bd. 45 Nr. 112.

Ist aber die Anschließung innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt, so ist sie der Einlegung eines selbständigen Rechtsmittels gleichzuachten. Und ist auch nur innerhalb der Rechtsmittelfrist ein Schriftsatz zugestellt, in welchem die Anschließung erklärt wird, so gilt das einer selbständigen Einlegung des Rechtsmittels gleich.[28]) §§ 522, 556.

5. Der Grundgedanke der Anschließung ist bereits im römischen Recht l. 39 C. de appell. (7, 62) ausgesprochen; danach hat der Richter sogar von Amts wegen das Interesse des abwesenden Appellationsbeklagten zu wahren. — Die gemeinrechtliche Praxis beschränkte aber die „akzessorische (d. h. die erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgte) Adhäsion" (im Gegensatz zu der „prinzipalen") auf die mit der Appellation angegriffenen Entscheidungspunkte.[29])

X. Auf das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz, und so insbesondere auf die Rechtsmittelverhandlung, finden die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren vor den Landgerichten, soweit nicht abweichende Bestimmungen getroffen sind, entsprechende Anwendung. §§ 523, 557.

XI. Entscheidung.

1. Der nächste, formale, Gegenstand der Entscheidung ist das Rechtsmittel selber, die Frage, ob dasselbe prozessualisch zulässig, und wenn es zulässig, ob und inwieweit es begründet sei.

a)[30]) Ob es an sich statthaft und ob es in der gesetzlichen Form[31]) und Frist eingelegt sei, hat das Rechtsmittelgericht von Amts wegen zu prüfen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist das Rechtsmittel von Amts wegen als unzulässig[32]) zu verwerfen.[33]) §§ 535, 566.

Als unzulässig ist[34]) es insbesondere auch zu verwerfen, wenn es vor Beginn der Rechtsmittelfrist (vor Zustellung des Urteils) eingelegt ist. ZPO. § 516[2].

b) Das Urteil, welches über das zulässige Rechtsmittel ergeht, kann — ganz oder teilweise — dasselbe als unbegründet verwerfen oder ihm stattgeben. Soweit es ihm stattgibt, kann es, je nach den Umständen, entweder gleich eine andere Entscheidung an seine Stelle setzen, es abändern, oder nur es aufheben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung in die untere Instanz zurückverweisen. Das erstere ist bei der Berufung, das letztere bei der Revision die Regel.

---

[28]) Das wird fast allgemein angenommen. ERG. Bd. 17 Nr. 11, Bd. 41 Nr. 98.

[29]) Wetzell § 56 S. 745 ff.

[30]) Speziell hiezu: Mugdan, Gruchot Bd. 27 S. 790 ff. Haas, daselbst Bd. 30 S. 834 ff.

[31]) Die Form der Urschrift ist von Amts wegen zu prüfen — ein Mangel der zugestellten Abschrift ist heilbar. ERG. Bd. 9 Nr. 113.

[32]) Ist es als unzulässig verworfen, so kann es immer noch — solange die Rechtsmittelfrist nicht abgelaufen ist — von neuem wirksam eingelegt werden. Vgl. auch ERG. Bd. 19 Nr. 79 (S. 406).

[33]) Das Urteil, das, in Abwesenheit einer Partei, auf einseitige Verhandlung das Rechtsmittel als unzulässig verwirft, ist — vgl. oben § 94 I 3 — Versäumnisurteil.

[34]) Nach ERG. Bd. 4 Nr. 118 ist es in diesem Fall „für wirkungslos zu erklären", was aber auf dasselbe hinauskommt; vgl. oben N. 32.

2. Indem aber über das zulässige Rechtsmittel entschieden wird, wird auch, mittelbar, über den Gegenstand des angefochtenen Urteils entschieden; es wird, mittelbar, auch in der Rechtsmittelinstanz darüber entschieden, ob die Klage prozessualisch statthaft, und wenn statthaft, ob und inwieweit sie begründet sei. Der Rechtsstreit bleibt derselbe einheitliche Rechtsstreit, der er in der ersten Instanz war, auch wenn beide Parteien durch selbständige Rechtsmittel das Urteil angefochten haben.

Daß die von beiden Seiten eingelegten Rechtsmittel gemeinschaftlich verhandelt werden, ist allerdings nicht notwendig, aber jedenfalls dann angezeigt, wenn sie sich auf denselben Entscheidungspunkt beziehen.

3. Es wird aber der Umfang der richterlichen Prüfung und Entscheidung durch die Parteianträge[35]) begrenzt. Das angefochtene Urteil darf nur insoweit abgeändert werden, als eine Abänderung (durch selbständiges Rechtsmittel oder durch Anschließung) beantragt[36]) ist. ZPO. §§ 536, 559.

Das schließt aber nicht aus, daß, auch ohne Anschließung des Beklagten, noch in der Rechtsmittelinstanz die Klage wegen eines von Amts wegen zu beachtenden Umstandes (so insbesondere wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges) abgewiesen werden kann. Denn zur Berücksichtigung eines solchen Umstandes bedarf es keines Antrages; und ob es zur Entscheidung befugt sei, hat jedes Gericht, also auch das Rechtsmittelgericht, selbständig zu prüfen, ohne durch die „relative Rechtskraft" der angefochtenen Entscheidung gebunden zu sein.[37])

Nicht maßgebend ist die Begründung der Anträge; das Rechtsmittelgericht kann — innerhalb der Grenzen der Rechtsmittelanträge — das Urteil auch aus anderen als den von den Parteien vorgebrachten Gründen abändern oder aufheben.

4. Wenn prinzipiell das Rechtsmittel stets das ganze Urteil ergreift, so ist dieses doch, insoweit es tatsächlich nicht in der mündlichen Verhandlung durch die Rechtsmittelanträge angefochten ist, auf Antrag vom Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn es nicht schon oder doch nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. §§ 534, 560.

Diese Vorschrift soll die Parteien veranlassen, die beabsichtigten Anträge sofort zu stellen.

---

[35]) S. oben N. 13.

[36]) Davon machen auch die Eidesurteile keine Ausnahme. Auch eine Eidesauflage kann nicht ohne Anschließung beseitigt werden, wenn nicht durch die Beseitigung der Rechtsmittelkläger günstiger gestellt wird. Vgl. ERG. Bd. 25 Nr. 104, Bd. 49 Nr. 95 und die hier gegebenen Nachweisungen. Die gegenteilige Meinung (daß Eidesauflagen in jedem Fall auch von Amts wegen beseitigt werden können) ist vertreten von Wach, Gruchot Bd. 37 S. 465 ff.

[37]) Wach, Gruchot Bd. 37 S. 478 ff. Schmidt S. 560 f. Wenigstens für die Zulässigkeit des Rechtsweges in gleichem Sinne ERG. Bd. 22 Nr. 2, Bd. 24 Nr. 6 (S. 38), Bd. 40 Nr. 75. Dagegen die Komment. (außer Gaupp-Stein), auch Stegemann, Z. Bd. 18 S. 524 f.

Nur für vorläufig vollstreckbar kann das Urteil erklärt werden, weil die Rechtsmittelanträge noch immer erweitert werden können. Durch eine Erweiterung der Anträge wird aber die einmal erfolgte Vollstreckbarkeitserklärung nicht berührt.

Der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung ist in mündlicher Verhandlung zu stellen; die Entscheidung über den Antrag ist unanfechtbar. § 534[2].

XII. Der innere Zusammenhang der Instanzen (vgl. oben X 2) zeigt sich auch in der Behandlung prozessualer Mängel.

1. Eine in erster Instanz nach § 295 ZPO. verlorene Rüge kann nicht mehr in der Berufungsinstanz, eine in der Berufungsinstanz verlorene Rüge nicht mehr in der Revisionsinstanz geltend gemacht werden. ZPO. §§ 530, 558.

2. Verzichtbare prozeßhindernde Einreden dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer stande gewesen sei, dieselben in früherer Instanz vorzubringen. Dies gilt für die Einrede der Unzuständigkeit sogar auch dann, wenn es sich um einen ausschließlichen Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen handelt, vorausgesetzt nur, daß der Beklagte in erster Instanz zur Hauptsache mündlich verhandelt hat. §§ 528[1], 566. Eine Prüfung der (örtlichen) Zuständigkeit findet also in solchem Falle nicht statt.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf übrigens die Verhandlung zur Hauptsache nicht mehr verweigert werden; es kann nur das Gericht die abgesonderte Verhandlung über solche Einreden — auch von Amts wegen — anordnen. §§ 528[2], 566.

XIII. Der Gerichtschreiber des Rechtsmittelgerichtes hat innerhalb 24 Stunden, nachdem die Rechtsmittelschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtschreiber des Gerichtes der vorigen Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Sie sind nach Erledigung des Rechtsmittels wieder an ihn zurückzusenden, unter Beifügung einer beglaubigten Abschrift des in der Rechtsmittelinstanz erlassenen Urteiles. ZPO. §§ 544, 566.

§ 99.

Berufung.

I. Die Berufungsinstanz ist eine Erneuerung der Verhandlung der ersten Instanz innerhalb der durch die Berufungsanträge gezogenen Grenzen. Der Rechtsstreit wird insoweit vor dem Berufungsgerichte von neuem verhandelt. ZPO. § 525.

Nicht ganz zutreffend bezeichnet man sie als novum iudicium; ein völlig neues iudicium ist sie nicht (vgl. unten III 3, 4).

II. Da ohne Prüfung des angefochtenen Urteiles und seiner Grundlage eine Entscheidung über die Berufung nicht denkbar ist, so muß das Be-

rufungsgericht sowohl von dem angefochtenen Urteile selbst wie von den ihm vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und von den Beweisverhandlungen, soweit das zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist, Kenntnis erhalten. Und zwar muß ihm diese Kenntnis vermittelt werden durch den Vortrag der Parteien in der mündlichen Verhandlung. Der Vortrag steht aber unter der Kontrolle des Vorsitzenden; dieser hat, wo nötig, die Parteien zur Berichtigung oder Ergänzung zu veranlassen; und ist die Verhandlung schon geschlossen, so ist sie zu diesem Zwecke wieder zu eröffnen. ZPO. § 526.

Die Forderung des Parteivortrages ist eine — übertriebene — Konsequenz des Prinzips der Mündlichkeit; das Berufungsgericht kann hienach den Prozeßstoff der ersten Instanz (wie er im Urteilsbestand und in den Beweisverhandlungen enthalten ist) nur insoweit berücksichtigen, als er mündlich von den Parteien vorgetragen ist.[1]) Nach anderer Meinung ist der in den Akten enthaltene Prozeßstoff der ersten Instanz auch der Berufungsinstanz offenkundig und kann darum auch ohne Parteivortrag berücksichtigt werden.[2]) Aber immerhin soll durch den Vortrag — bei dem inneren Zusammenhang der Instanzen — nicht neuer Prozeßstoff eingeführt, sondern nur schon gegebener vorgeführt, reproduziert werden; er ist nicht bestimmend für die Urteilsgrundlage, sondern nur vermittelnd, berichtend, und sollte also seine Berichtigung oder Ergänzung verweigert werden, so wäre die Sache nicht entscheidungsreif (vgl. oben § 48 VII). Der Fall wird nicht leicht vorkommen, da regelmäßig, wenn nicht die eine, dann umsomehr die andere Partei an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Vortrages interessiert sein wird.

III. Gegenstand der Prüfung ist es aber nicht allein, ob das untere Gericht den Prozeßstoff, so wie er ihm vorgelegen, richtig beurteilt habe, sondern ob überhaupt die angefochtene Entscheidung richtig, dem Recht und dem wirklichen Sachverhalt entsprechend, sei: neuer Prozeßstoff ist zulässig.[3])

1. Die Parteien sind nicht auf das beschränkt, was sie in erster Instanz vorgebracht haben, sie können neue Angriffs- und Verteidigungsmittel,[4]) neue Tatsachen wie neue Beweismittel und neue Beweiseinreden geltend machen. ZPO. § 529[1].

Insbesondere auch solche, die in erster Instanz als verspätet zurückgewiesen waren.[5])

Neues Vorbringen („nova") war dem Appellanten wie nach römischem (l. und l. 37 i. f. C. de appell. 7, 62, l. 4 C. de temp. et rep. 7, 63) so auch nach gemeinem Prozeßrecht[6]) gestattet (sogen. beneficium nondum deducta deducendi,

[1]) Vgl. ERG. Bd. 4 Nr. 102, Bd. 8 Nr. 88.

[2]) Wach, Vorträge S. 249 ff. und die hier gegebenen Nachweise.

[3]) Und so kann gewiß auch eine Partei gegen das auf ihrem Anerkenntnis oder Verzicht beruhende Urteil die Berufung einlegen, um dann in der höheren Instanz ihre Erklärung anzufechten.

[4]) Insbesondere auch neue Einrederechte, wie z. B. die des Zurückbehaltungsrechtes; ein Einrederecht ist kein Anspruch im Sinne des § 529[2] ZPO. (unten IV). ERG. Bd. 8 Nr. 105, Bd. 15 Nr. 118.

[5]) S. oben § 51 IV 3 B.

[6]) Wetzell § 56 S. 753 ff.

nondum probata probandi); doch verlangte das letztere (im Anschluß an den Jüngsten Reichsabschied § 73) von dem Appellanten den Eid, „daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt oder solches dermalen nicht einbringen können oder einzubringen nicht für dienlich oder nötig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zur Erhaltung seines Rechtes dienlich und notwendig sei".

2. Erklärungen über Tatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen, die in erster Instanz unterblieben oder verweigert waren, können in der Berufungsinstanz nachgeholt, und damit also die Folgen der Versäumung (ZPO. §§ 138, 331, 439, 452) beseitigt werden.[7]) ZPO. § 531.

3. Auf der anderen Seite aber behalten bindende Parteierklärungen, die in erster Instanz abgegeben waren, die gleiche Geltung in der Berufungsinstanz, die sie in der ersten Instanz hatten. Das gilt vom gerichtlichen Geständnis wie von der Annahme oder Zurückschiebung eines Eides,[8]) ZPO. §§ 532, 533[1]; es gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung[9]) und von der Erlassung eines Eides, ZPO. § 533[2], auch von der Versäumung des Eidestermins, die nach ZPO. § 465 der Eidesweigerung gleich gilt. Doch werden die an die Leistung oder den Erlaß oder die Weigerung des Eides geknüpften Folgen hinfällig, wenn der Beschluß, durch welchen die Leistung des Eides angeordnet ist, vom Berufungsgerichte nicht für gerechtfertigt erachtet wird.[10]) ZPO. § 533[2].

4. Die vorgetragenen Beweisverhandlungen der ersten Instanz sind auch für das Berufungsgericht beachtlich — eine Wiederholung der Beweisaufnahme kann unter denselben Voraussetzungen wie in der ersten Instanz angeordnet werden.

IV. Wenn dem Kläger auch neue Angriffsmittel gestattet sind, so ist ihm doch die einseitige Änderung der Klage in der Berufungsinstanz versagt (auch soweit sie nach § 264 ZPO. in erster Instanz zulässig wäre); mit Einwilligung des Beklagten kann er aber auch noch in der Berufungsinstanz die Klage ändern. ZPO. § 527. Und folgeweise (§ 269 ZPO.) kann die Klagänderung nicht mehr gerügt werden, wenn sich der Beklagte auf die geänderte Klage vorbehaltlos eingelassen hat.[11])

---

[7]) Vgl. oben § 35 IV. — Auch wenn auf Grund des § 331[2], bei Versäumnis des Beklagten, die Klage ganz oder teilweise abgewiesen ist und der Kläger dagegen Berufung eingelegt hat, ist der Beklagte nicht gehindert, in der Berufungsinstanz die Behauptungen des Klägers zu bestreiten und neue Verteidigungsmittel geltend zu machen; er braucht nicht erst den Einspruch zu erheben. So die allgemeine Meinung (s. jetzt auch Wach, Vorträge S. 278 ff.). Dagegen Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 65 ff. Forschungen S. 61.

[8]) Eine unzulässige Zurückschiebung aber gilt einer unterlassenen Erklärung gleich, daher § 531 anwendbar. ERG. Bd. 17 Nr. 106.

[9]) Anders bei Weigerung nur der Annahme; sie hindert nicht die Bestreitung der Tatsache. ERG. Bd. 35 Nr. 97.

[10]) Es können nun also beide Parteien neue Beweismittel geltend machen. ERG. Bd. 9 Nr. 99, Bd. 17 Nr. 81.

[11]) S. oben § 88a N. 19.

Ebenso dürfen neue Ansprüche[12]) (insbesondere z. B. durch Widerklage, ZPO. § 33, Zwischenfeststellungsklage, ZPO. § 280) in der Berufungsinstanz nur mit Einwilligung des Gegners geltend gemacht werden. ZPO. § 529[2].[13])

Dagegen ist eine Änderung des Klagantrages, ohne Änderung des Klaggrundes, wie sie in ZPO. § 268 Nr. 2 und 3 gestattet wird, schlechthin auch in der Berufungsinstanz zulässig.

Der Erweiterung des Klagantrages steht es nicht entgegen, daß das angefochtene Urteil dem in der ersten Instanz gestellten Klagantrag entspricht;[14]) der Kläger kann also die Berufung gerade nur zu dem Zwecke einlegen, um in der höheren Instanz seinen Antrag zu erweitern. Der Satz, daß die Berufung „eine Beschwerde" (vgl. oben § 97 II 1) voraussetze, steht dem nicht entgegen, denn er bedeutet nur, daß der Berufungskläger ein ihm günstigeres Urteil erstreben müsse; ob er ein solches schon in der ersten Instanz hätte erreichen können, ist eben nach der Bestimmung des § 529 gleichgültig.

So unterscheidet auch der Code de procédure civile von neuem Vorbringen die nouvelle demande; art. 464: „Il ne sera formé en cause d'appel aucune nouvelle demande, à moins q'uil ne s'agisse de compensation" etc.; ihm hatte sich die ZPO. (§ 491 a. F.) in seiner ursprünglichen Fassung dem Grundgedanken nach angeschlossen; s. unten vor V.

Besonderes gilt für einen erst in der Berufungsinstanz erhobenen Einwand der Aufrechnung; er ist nicht nur statthaft, wenn der Gegner einwilligt, sondern auch wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden die Aufrechnung nicht schon in erster Instanz habe geltend machen können.[15]) Wird der Einwand zurückgewiesen, so gelten die gleichen Vorschriften wie in dem Falle, daß ein Verteidigungsmittel als in der Berufungsinstanz schuldhaft verspätet zurückgewiesen wird. ZPO. § 529[3] (vgl. unten VIII).

Dem übereinstimmenden Willen der Parteien weicht also hier überall das Interesse an der Einhaltung des Instanzenzuges. Nach den ursprünglichen Bestimmungen der ZPO. waren dagegen Klagänderung und neue Ansprüche auch nicht mit Zustimmung des Gegners zulässig; eine neue Aufrechnung war es nur dann, wenn glaubhaft gemacht wurde, daß sie unverschuldeterweise in erster Instanz nicht habe geltend gemacht werden können.

---

[12]) Neuer Anspruch, neues Klagbegehren, ist im Sinne des Gesetzes hier also wohl zu unterscheiden von Klagänderung, neuem Klaggrunde bei gleichem Klagbegehren. ERG. Bd. 47 Nr. 97.

[13]) „Neu" ist ein Anspruch dann nicht, wenn er schon in erster Instanz erhoben war, gleichviel ob über ihn verhandelt oder ob er als prozessualisch unzulässig zurückgewiesen worden ist. ERG. Bd. 20 Nr. 96.

[14]) Die gegenteilige Meinung ist die herrschende und auch vom Reichsgericht konstant festgehalten; s. ERG. Bd. 45 Nr. 82 und die hier gegebenen Nachweisungen aus Literatur und Rechtsprechung; vgl. auch ERG. Bd. 45 Nr. 113.

[15]) Vgl. dazu Weismann, Z. Bd. 26 S. 33. — Auch hier (vgl. oben N. 13) kommt es nur darauf an, ob die Aufrechnung geltend gemacht war, gleichviel ob über die Gegenforderung verhandelt oder ob die Aufrechnung als unstatthaft zurückgewiesen wurde, ERR. Bd. 31 Nr. 84 (Zurückweisung auf Grund des § 279 ZPO.). Und so kommt es auch nicht darauf an, ob die Aufrechnung gegenüber derselben oder einer anderen Forderung geltend gemacht war. ERG. Bd. 13 Nr. 99.

V. Aus dem Gesagten erklärt es sich, daß die Berufungsschrift, insofern sie zugleich der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung dient (vgl. oben § 98 V 2), insbesondere auch enthalten soll: die Erklärung, inwieweit das Urteil angefochten werde, und welche Abänderungen desselben beantragt werden — die Berufungsanträge — sowie die Angabe derjenigen neuen Tatsachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt. ZPO. § 519.

VI. Es muß in der Berufungsinstanz über alle Streitpunkte verhandelt und entschieden werden, die für das Berufungsurteil (für die Entscheidung über die Berufungsanträge) von Erheblichkeit sind, auch über solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in dem angefochtenen Urteil (weil es sich auf andere Angriffs- und Verteidigungsmittel gründete, z. B. weil die Abweisung der Klage wegen einer anderen Einwendung erfolgte)[16] nicht in Betracht gezogen oder überhaupt erst in der Berufungsinstanz geltend gemacht sind. ZPO. § 537.

Nur um solche Streitpunkte kann es sich handeln, die einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffen. Ist ein Anspruch in dem angefochtenen Urteil übergangen, so muß zunächst dessen Ergänzung nach ZPO. § 321 beantragt werden. Vgl. dazu Note 16.

Beweisaufnahmen, die das Berufungsgericht beschließt, bewirkt es auch selber; es gelten dafür (namentlich auch für ihre Ausführung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter) dieselben Regeln wie in erster Instanz. Auch ein von ihm erlassenes bedingtes Urteil hat es selbst zu erledigen. Ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urteil ist prinzipiell auch in erster Instanz zu erledigen, kann aber, nachdem die Berufung zurückgewiesen (nicht, wenn sie als unzulässig verworfen) ist, (zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens und zur Ersparung von Kosten) vom Berufungsgerichte erledigt werden. ZPO. § 537.

Daß dies geschehen solle, ist im Berufungsurteile zu bestimmen. Das Läuterungsverfahren wird indes der ersten Instanz zu überlassen sein, wenn es voraussichtlich zu Zweifel und Streit führen wird (namentlich in Hinsicht auf die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides).

VII. Nur in gewissen, von dem Gesetz bezeichneten Fällen kann oder muß das Berufungsgericht die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen. (Vgl. oben § 98 I 1 b.)

A. Das Berufungsgericht muß zurückverweisen — insofern zur Erledigung der Sache noch eine weitere Verhandlung notwendig ist, d. h. insofern die aufhebende Entscheidung nicht schon ohne weiteres die Sache erledigt[17] — in folgenden Fällen (ZPO. § 538):

---

[16]) Oder weil das Gericht erster Instanz, weil es den einen Klaggrund für gegeben erachtete, auf den anderen eventuell geltend gemachten nicht eingegangen war. ERG. Bd. 45 Nr. 81. Etwas anderes ist die Übergehung eines Anspruches.

[17]) So ERG. Bd. 12 Nr. 109.

1. Durch das angefochtene Urteil ist ein Einspruch als unzulässig verworfen; oder

2. ein Versäumnisurteil ist angefochten, weil (ZPO. § 513[2]) der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe (§ 538 Nr. 1 und 5).

Wird in diesen beiden Fällen das Urteil aufgehoben, so bedarf es nun noch einer Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst.

3. Das angefochtene Urteil entscheidet *nur*[18]) über *prozeßhindernde* Einreden[19]) (§ 538, Nr. 2); das Berufungsgericht erachtet die Klage für statthaft (gleichviel übrigens, ob in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil oder unter Aufhebung desselben); es ist also nunmehr in der Hauptsache zu verhandeln und zu entscheiden. Die prozeßhindernden Einreden aber sind in diesem Falle sämtlich vom Berufungsgericht zu erledigen, auch solche, über die in erster Instanz noch nicht entschieden ist. § 538[2].

4. Bei nach Grund und Betrag streitigem Anspruche ist durch das angefochtene Urteil *nur* über den *Grund*, nicht über den Betrag der Forderung erkannt: es ist über den Grund vorab entschieden oder die Klage abgewiesen. Wird durch das Urteil des Berufungsgerichts der Anspruch seinem Grunde nach *festgestellt*, so muß nun noch über den Betrag[20]) des Anspruches verhandelt und entschieden werden.[21]) § 538 Nr. 3.

5. Das angefochtene Urteil ist im *Urkunden- oder Wechselprozesse* unter *Vorbehalt* der Rechte erlassen. Nach dem bestätigenden Urteile des Berufungsgerichts wird nun noch ein ordentliches Nachverfahren notwendig. § 538 Nr. 4. Vgl. ZPO. § 600.

Analogerweise sollte auch Rückverweisung eintreten, wenn nicht das angefochtene, sondern erst das Berufungsurteil den Vorbehalt ausgesprochen, das angefochtene Urteil ohne Vorbehalt verurteilt oder die Klage abgewiesen hat; die herrschende Meinung[22]) erklärt sich dagegen.

B. Das Berufungsgericht *kann* die Sache zurückverweisen, wenn das *Verfahren*[23]) erster Instanz an einem *wesentlichen Mangel* leidet, d. h. an einem Mangel, der das Verfahren in solchem Maße beeinflußt,

---

[18]) Es kommt nichts darauf an, ob *eventuell* in der ersten Instanz schon zur Hauptsache *verhandelt* wurde. ERG. Bd. 12 Nr. 109.

[19]) Nicht ist zurückzuverweisen, wenn auf Grund einer anderweiten prozessualen Verteidigung die Klage abgewiesen wurde; auch nicht, wenn sie abgewiesen wurde wegen eines von Amts wegen zu beachtenden Mangels (z. B. wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges), ohne daß eine *prozeßhindernde Einrede* vom Beklagten erhoben worden war. ERG. Bd. 27 Nr. 89 (und die hier gegebenen Nachweise).

[20]) Zur weiteren Verhandlung über den *Grund* des Anspruchs darf also *nicht* zurückverwiesen werden. ERG. Bd. 47 Nr. 90, Nr. 107.

[21]) Die Zurückverweisung muß auch erfolgen, sofern es sich um einen Anspruch handelt, der (vgl. ZPO. § 268 Nr. 2 mit § 529[2]) erst in der Berufungsinstanz erhoben wurde. ERG. Bd. 49 Nr. 11.

[22]) So auch ERG. Bd. 29 Nr. 95; vgl. die Zitate daselbst in der Note.

[23]) Also nicht, wenn die Entscheidung ihrem *Inhalte* nach irrtümlich. ERG. Bd. 9 Nr. 93, Bd. 25 Nr. 79.

daß (nach Ermessen des Gerichts) das Parteigehör in unbilliger Weise verkürzt würde, wenn die Neuverhandlung auf die Berufungsinstanz beschränkt bliebe. Bei der Rückverweisung ist nicht bloß das Urteil aufzuheben, sondern auch das Verfahren, so weit es durch den Mangel betroffen wird. ZPO. § 539.

Der Begriff des wesentlichen Mangels ist sehr streitig. — Nicht jeder Mangel des Verfahrens ist wesentlich, der für die Entscheidung kausal ist;[24]) auf der anderen Seite ist ein Mangel nicht wesentlich, wenn er auf die Entscheidung keinen Einfluß gehabt haben kann. Ob der Mangel wesentlich sei, beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen; und maßgebend dafür wird der oben hervorgehobene Gesichtspunkt sein. Eine genauere Begriffsbestimmung wird sich kaum geben lassen. Als wesentlich sind in der Regel die in § 551 ZPO. bezeichneten Mängel anzusehen. Ob der Mangel ein heilbarer ist oder unheilbarer, ist gleichgültig; ein heilbarer Mangel kommt aber nur in Betracht, wenn er gerügt wird (arg. ZPO. § 295); daß ein schon geheilter Mangel nicht in Betracht kommen kann, ist selbstverständlich.

Eine bloß teilweise Aufhebung des Verfahrens ist möglich, sofern ein Teil des Verfahrens von dem Mangel nicht (unmittelbar oder mittelbar) berührt wird; die diesem Teile angehörigen Prozeßakte bleiben in Geltung; so können insbesondere Zwischenurteile oder Beschlüsse bestehen bleiben, die auf Grund einer gültigen Verhandlung erlassen sind; aber auch bindende Parteiakte, wie z. B. gerichtliche Geständnisse oder Eideserklärungen, vorausgesetzt nur, daß sie einer von dem Mangel nicht betroffenen Verhandlung angehören.

In dieser letzteren Hinsicht besteht Streit;[25]) das sogen. Prinzip der Einheit der Verhandlung hindert indes nicht, daß einzelne von dem Mangel nicht betroffene Verhandlungsakte ihre Wirkung behalten.

C. In jedem Falle ist die Rechtsansicht, welche der Rückverweisung zu Grunde liegt, für die erste Instanz maßgebend.

D. Das Verweisungsurteil ist — hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit — ebenso Endurteil wie es die aufgehobene Entscheidung ist; es ist Endurteil, weil es die Berufung erledigt und damit die Berufungsinstanz beendigt.[26])

VIII. Auch in der Berufungsinstanz können auf Grund des § 279 ZPO. Verteidigungsmittel des Beklagten (auch wenn er Berufungskläger ist) als verzögerlich zurückgewiesen werden.

1. Da aber nun nicht mehr die Möglichkeit besteht, sie nachträglich

---

[24]) Daß das Kausalverhältnis genüge, ist die von Seuffert (Z. Bd. 7 S. 50 f. und Komment.) vertretene Meinung. Dagegen Wach, Vorträge S. 268 f., Plank Bd. 2 S. 464 ff.

[25]) Nach anderer Meinung kann nur ein durch Zwischenurteil (so Gaupp-Stein) oder doch durch eine Entscheidung, wenn auch nur durch einen Gerichtsbeschluß (so Struckmann-Koch), abgeschlossener Teil des Verfahrens in Geltung bleiben.

[26]) So die herrschende Ansicht und die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes; s. besonders ERG. Bd. 17 Nr. 88 (mit weiteren Nachweisungen). Dagegen namentlich Seuffert, Z. Bd. 7 S. 2 ff., Rocholl, Z. Bd. 10 S. 299 ff.

durch ein Rechtsmittel in einer höheren Instanz geltend zu machen, so dürfen sie nur vorläufig zurückgewiesen, müssen nachträglicher Verhandlung *vorbehalten* werden. Und zwar ist dieser Vorbehalt ausdrücklich in der Urteilsformel auszusprechen. Hinsichtlich der vorbehaltenen Verteidigungsmittel bleibt dann der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig. Das Urteil ist also Zwischenurteil, aber — und darin besteht die praktische Bedeutung der Zurückweisung — es ist vollstreckbar wie ein Endurteil und gilt denn auch hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit einem Endurteile gleich. ZPO. §§ $540^{1\,3}$, 541^{1}.

Enthält das Urteil keinen Vorbehalt, so ist es mangelhaft und kann aus diesem Grunde mit der Revision angefochten werden. Der Beklagte kann aber auch die Ergänzung des Urteils nach § 321 beantragen. ZPO. § 540^{2}.

2. Das nachträgliche Verfahren hat nur die vorbehaltenen Verteidigungsmittel zum Gegenstand (selbstverständlich mit den damit zusammenhängenden Rechtsbehelfen: Repliken u. s. w.). Haben sie Erfolg, so ist nun unter *Aufhebung* des Vorbehaltsurteiles der Kläger mit seinem Anspruch *abzuweisen*; folgeweise ist auch über die Prozeßkosten anderweit zu entscheiden. Auf Antrag ist ferner der Kläger zur *Erstattung* des von dem Beklagten auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen. Und zwar bestimmt sich seine Erstattungspflicht nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Zum Schadensersatz (wie sonst bei Aufhebung eines Vorbehaltsurteiles nach §§ 302, 600^{2}, vgl. auch §§ 717, 945) ist er hier nicht verpflichtet, da er seine Verurteilung selbst verschuldet hat. Weil anderseits der Kläger schon beim Empfange der Zahlung oder Leistung, die ihm auf Grund des Vorbehaltsurteiles gemacht wird, seiner eventuellen Rückerstattungspflicht sich bewußt sein muß, so treten in jedem Falle (der Erstattungsanspruch mag gleich durch Antrag im Nachverfahren geltend gemacht sein oder nicht) die zivilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit (so namentlich die erweiterte Haftung) schon mit dem Zeitpunkte der Zahlung oder Leistung ein. ZPO. § 541^{2}; vgl. BGB. §§ 812, 818, 291, 292 (auch §§ 987—990).

Das Gesetz bestimmt allerdings, für den Fall, daß der *Antrag gestellt* werde, sei „der Anspruch auf Erstattung als zur Zeit der Zahlung oder der Leistung rechtshängig geworden anzusehen"; mit diesem Zeitpunkt sollen also nicht bloß die zivilrechtlichen, sondern auch die prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten, was aber wohl kaum von praktischer Bedeutung ist.

IX. Bleibt in einem Termin zur mündlichen Verhandlung über die Berufung eine der Parteien aus, so kommen die Vorschriften über das *Versäumnisverfahren* in erster Instanz zu entsprechender Anwendung. ZPO. § 542.

Es ist auch hier also gleichgültig, ob der erste Termin versäumt ist oder ein späterer.

1. Hienach ist, wenn der Berufungskläger säumig ist, auf Antrag des Gegners die Berufung zurückzuweisen.

2. Was aber die Versäumnis des Berufungsbeklagten angeht, so werden deren Folgen beeinflußt durch das in dem angefochtenen Urteil festgestellte Sachverhältnis, das auch für die Berufungsinstanz seine Bedeutung behält. Das tatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers ist nämlich nur insoweit für zugestanden zu erachten, als es mit dem festgestellten Sachverhältnis vereinbar ist, d. h. mit dem festgestellten Inhalt der mündlichen Verhandlung und dem Ergebnis der Beweisaufnahme in erster Instanz. Nicht maßgebend aber ist die Beweiswürdigung des ersten Richters.

Um nun also zu einer von dem angefochtenen Urteil abweichenden tatsächlichen Feststellung zu gelangen, eröffnen sich für den Berufungskläger zwei Wege; entweder er bekämpft die Beweiswürdigung oder er tritt neue Beweise an. In diesem letzteren Falle bedarf es aber der Beweisaufnahme nicht; vielmehr — und das ist die eigentümliche Wirkung der Versäumnis des Berufungsbeklagten — es wird der Erfolg der (zulässigerweise) beantragten Beweisaufnahme fingiert: es wird angenommen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt habe (also daß der Zeuge die in Aussicht gestellte Aussage gemacht habe; daß die Urkunde den angegebenen Inhalt habe; daß der zugeschobene Eid verweigert sei). Und dieses fingierte Ergebnis ist dann der Entscheidung zu Grunde zu legen (zusammen natürlich mit dem etwa in Betracht kommenden Materiale der ersten Instanz).

Zu prüfen ist also vor allem, ob die Beweisantretung zulässig, insbesondere also z. B., ob die Eideszuschiebung oder -zurückschiebung (nach §§ 445, 446, 448, 449, 463[2], 464) statthaft sei. Selbstverständlich kann auch in Bezug auf eine in dem angefochtenen Urteil als bewiesen angenommene Tatsache ein Gegenbeweis angetreten werden. Einem gerichtlichen Geständnisse gegenüber ist nur eine dem § 290 ZPO. entsprechende Beweisantretung möglich. Dagegen kann ein nur infolge unterbliebener Erklärung fingiertes Geständnis einfach dadurch beseitigt werden, daß gemäß § 531 ZPO. die Bestreitung nachgeholt wird.

Die entsprechende Anwendung des § 335 Nr. 3 ergibt übrigens, daß auch die neue Beweisantretung rechtzeitig dem Berufungsbeklagten mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein muß.[27])

3. Das Gesagte ist auch auf die Anschlußberufung entsprechend anzuwenden.

4. Die prozessuale Zulässigkeit der Berufung ist auch im Versäumnisfall von Amts wegen zu prüfen (ZPO. § 535).[28])

Auch hier wiederholt sich die Streitfrage, ob das Urteil, welches aus prozessualem Grunde abweist, Versäumnisurteil sei (vgl. oben § 94 I 3).

---

[27]) ERG. Bd. 36 Nr. 110.

[28]) S. z. B. ERG. Bd. 21 Nr. 72. (Etwas abweichend ERG. Bd. 12 Nr. 102 S. 365.)

X. Die Darstellung des Tatbestandes kann sich der Berufungsrichter erleichtern durch Bezugnahme auf das Urteil voriger Instanz, insoweit mit dem Tatbestande desselben der Inhalt der Berufungsverhandlung übereinstimmt. ZPO. § 543.

§ 100.

Revision.

I. Gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Urteile findet als weiteres Rechtsmittel die Revision statt. ZPO. § 545.

1. Mit der Revision kann aber nicht wie mit der Berufung das Urteil nach allen Richtungen hin, in der Tatfrage wie in der Rechtsfrage, sondern nur in der Rechtsfrage angefochten, die Revision kann nur darauf gegründet werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruhe, d. h. darauf, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden sei. ZPO. §§ 549, 550.

Die Revision ist ein Rechtsmittel, dessen Einrichtung ihren wesentlichen Grund hat in dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Rechtseinheit. Würde nämlich ein Rechtssatz von verschiedenen Gerichten ständig in verschiedenem Sinne angewandt, so wäre einheitlich nur das Gesetz, aber nicht das geltende, d. h. das von den Gerichten zur Geltung gebrachte Recht. Daraus ergibt sich das Bedürfnis nach einem einheitlichen obersten Gerichtshof, zugleich aber auch die folgende Beschränkung der Revision.

2.[1]) Die Revision kann nicht auf die Verletzung eines jeden Gesetzes gegründet werden, sondern nur auf die Verletzung reichsrechtlicher Normen (ohne Rücksicht auf ihr Geltungsgebiet) oder solcher landesrechtlichen Normen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt. ZPO. § 549.

Also nicht auf die Verletzung ausländischen Rechts und nicht auf die Verletzung eines Landesgesetzes, das nur im Bezirk eines Oberlandesgerichts, oder das zwar im Bezirke mehrerer Oberlandesgerichte, aber gerade nicht auch[2]) im Bezirke desjenigen Oberlandesgerichtes gilt, welches das angefochtene Urteil erlassen hat.[3])

Bei der politischen Zersplitterung kleinerer Rechtsgebiete wäre aber hienach die Revision für manche Gesetze zulässig, für die sie kein Bedürfnis ist;[4]) und wäre sie unzulässig für andere Gesetze, für die sie Bedürfnis ist, für solche Gesetze namentlich, deren formelles Geltungsgebiet sich allerdings nicht über einen einzelnen Oberlandes-

---

[1]) Erythropel, Z. Bd. 3 S. 115 ff. Fels, Revisionsrecht und Sonderrecht (1884). Weismann, Z. Bd. 9 S. 169 ff. Rocholl, Z. Bd. 10 S. 285 ff.

[2]) S. z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 21 (S. 88), Bd. 29 Nr. 34. Es kann also z. B. gegen ein Urteil des Sächsischen Oberlandesgerichtes die Revision nicht darauf gegründet werden, daß Preußisches Recht verletzt sei.

[3]) Die inhaltliche Übereinstimmung zweier in verschiedenen Bezirken geltenden Gesetze genügt nicht; wohl aber genügt es, wenn ein Gesetz ausdrücklich so, wie es in dem einen Bezirke galt, auch in einem anderen Bezirke eingeführt worden ist. Darüber s. Weismann a. a. O. S. 182 f. und N. 22—26.

[4]) Z. B. Erbachsches Landrecht, Solmser Recht.

gerichtsbezirk hinaus erstreckt, die sich inhaltlich aber an Gesetze mit größerem Geltungsgebiete anschließen.[5]) Darum können nach § 6 des EG. zur ZPO. mit Zustimmung des Bundesrats durch kaiserliche Verordnung (die aber zu ihrer Fortdauer der nachträglichen Genehmigung des Reichstages bei seinem nächsten Zusammentreten bedarf) nach beiden Richtungen hin Ausnahmen gemacht werden. Auf Grund dieser Bestimmung ist eine umfassende kaiserliche Verordnung unter dem 28. September 1879 ergangen (deren § 3[6]) vom Reichstag nicht genehmigt worden ist). Außerdem ist der Kreis revisibler Landesgesetze (besonders auf dem Gebiete des Bergrechts und Immobiliarsachenrechts) erweitert worden durch die drei Reichsgesetze vom 15. März 1881, 24. Juni 1886 und 30. März 1893.[7])

Hienach gibt es Rechtsnormen, die schlechthin revisibel sind (die reichsrechtlichen), solche, die schlechthin irrevisibel, und endlich solche, die relativ revisibel sind, d. h. unter der Voraussetzung, daß sie auch im Gebiete des Berufungsgerichtes Geltung haben.

3. Die Rechtsnorm (vgl. EG. zu ZPO. § 12) kann übrigens eine gesetzliche[8]) oder eine gewohnheitsrechtliche, sie kann auch eine (verfassungsmäßig zulässige) Verordnung mit Rechtsinhalt[9]) sein, sie kann nicht bloß eine jetzt noch geltende sein, sondern auch eine aufgehobene;[10]) sie kann dem materiellen Rechte angehören oder dem Prozeßrechte; die Gesetzesverletzung kann in der Entscheidung enthalten sein oder in dem Verfahren, worauf sie beruht (vgl. oben § 98 II); sie kann in einer unrichtigen Auslegung des Gesetzes bestehen oder in einer unrichtigen Subsumtion des Tatbestandes.[11]).

Nicht kann die Revision gegründet werden auf die unrichtige Auslegung eines Rechtsgeschäftes;[12]) die konkrete Regelung eines speziellen Rechtsverhältnisses (die „lex contractus", und so auch insbesondere ein Gesellschaftsstatut) ist keine Rechtsnorm im Sinne des Gesetzes. Wohl aber kann mit der Revision geltend gemacht werden, daß bei der Auslegung des Rechtsgeschäftes gegen eine gesetzliche Auslegungsregel verstoßen[13]) oder seine Subsumtion unter den gesetzlichen Begriff eines Rechtsgeschäftes eine irrige sei.[14])

---

[5]) Namentlich an französisches, an preußisches Recht.

[6]) Dieser Paragraph wollte das Lehnrecht für irrevisibel erklären.

[7]) Die einschlägigen Bestimmungen sind abgedruckt in den Komment. zu § 549.

[8]) Auch in einem Staatsvertrage enthaltene; s. z. B. ERG. Bd. 40 Nr. 31 (Berner Konvention von 1886 zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst).

[9]) S. z. B. ERG. Bd. 42 Nr. 72 (ortsstatutarische Verordnung, erlassen auf Grund des § 11 der Preuß. Städteordnung).

[10]) So die konstante Rechtsprechung des Reichsgerichts. S. die Begründung in ERG. Bd. 7 Nr. 112.

[11]) Über die Abgrenzung von Tat- und Rechtsfrage s. Wach, Jur. Wochenschr. (1881) S. 73 ff., Vorträge S. 286 ff. Stahl, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 67 S. 94 ff. Stein, Das private Wissen des Richters § 7. S. ferner N. 12.

[12]) Insbesondere auch nicht auf irrige Auffassung der Verkehrssitte. — Die Auffassung, daß die irrige Auslegung eines Rechtsgeschäftes stets die Revision zu begründen geeignet sei, ist besonders vertreten von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 100 ff., Laienverstand und Rechtsprechung (Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 454 ff.), Deutsche Jur.-Z. Bd. 4 S. 139 ff., Bd. 5 S. 65 f. S. auch Bolze, Z. Bd. 14 S. 415 ff. Dagegen Petersen, Deutsche Jur.-Z. Bd. 4 S. 281 ff. Vgl. ferner die Zitate in N. 11 und O. Fischer, Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 265 ff.

[13]) ERG. Bd. 2 Nr. 32, Nr. 103, Bd. 9 Nr. 44.

[14]) Z. B. ob Dienst- oder Werkvertrag, Kauf oder Kommissionsgeschäft. S. besonders ERG. Bd. 40 Nr. 32 und die hier in N. 2 gegebenen Nachweise.

II. Um die Einheit der Rechtsprechung beim Reichsgerichte selbst und damit zugleich die Rechtssicherheit und die Autorität des höchsten Gerichtshofes zu wahren, trifft das Gesetz Bestimmungen für den Fall, daß in einer Rechtsfrage 1. ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenates, oder 2. ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenates, oder 3. ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenates, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenates abgehen will.[15])

Dieser letztere Fall ist beispielsweise insofern möglich, als strafbare Handlungen auch zivilrechtliche Ansprüche begründen können.

Im ersten Falle ist die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate, im zweiten die der vereinigten Strafsenate, im dritten die des Plenums einzuholen. Diese Entscheidung beschränkt sich aber auf die Rechtsfrage und erfolgt in allen Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung. Die Entscheidung der Sache erfolgt, soweit sie eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordert, durch den erkennenden einzelnen Senat auf Grund einer erneuten mündlichen Verhandlung, zu welcher die Prozeßbeteiligten von Amts wegen unter Mitteilung der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage zu laden sind. Diese Entscheidung der Rechtsfrage ist für das Urteil bindend, aber auch nur für das Urteil in diesem einzelnen Falle, nicht für alle Zukunft. Wenn indes späterhin von der Entscheidung der vereinigten Zivilsenate ein Zivilsenat, von der Entscheidung der vereinigten Strafsenate ein Strafsenat, von der Entscheidung des Plenums ein Zivil- oder Strafsenat abgehen will, so ist nun wieder die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate — der vereinigten Strafsenate — des Plenums einzuholen. GVG. § 137[1–3].

In solchen Fragen, die Sachen angehen, bei denen die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung berufen ist, muß vor der Entscheidung der Oberreichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen gehört werden: also vor der Entscheidung der vereinigten Strafsenate, vor derjenigen des Plenums, sowie in Ehe- und Entmündigungssachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern oder die Anfechtung einer Todeserklärung zum Gegenstande haben. GVG. § 137[4].

III. Ihre historische Wurzel[16]) hat die Revision in dem Kassationsrekurs des französischen Rechts: die Wahrung des Rechtes und der Rechtseinheit bildet die wesentliche Aufgabe des französischen Kassationshofes (cour de cassation). Der Kassationshof aber steht wiederum in geschichtlichem Zusammenhange mit dem alten conseil privé des Königs und seiner Befugnis, Urteile der Gerichtshöfe letzter Instanz, der Parlamente, wegen Nichtachtung einer königlichen Ordonnanz aufzuheben. — Die Unterschiede, die zwischen dem französischen Parteirekurs und der Revision bestehen, sind keine wesentlichen. Eine Besonderheit des französischen Kassationsrekurses ist es, daß er auch von der Staatsanwaltschaft lediglich zur prinzipiellen Wahrung des Gesetzes eingelegt werden kann, in welchem Falle die Wirksamkeit des Urteils unter den Parteien

[15]) Schultzenstein, Z. Bd. 18 S. 88 ff.
[16]) Weismann, Z. Bd. 9 S. 172 ff.

durch seine Aufhebung nicht berührt wird. (Die Motive zur ZPO. stellen wohl nicht mit Recht die Revision in einen wesentlichen Gegensatz zu ihrem zweifellosen Vorbilde.)

IV. Die Tatfrage ist der Prüfung des Revisionsgerichtes entzogen; für seine Entscheidung sind „die in dem angefochtenen Urteile gerichtlich festgestellten Tatsachen" (ZPO. § 561) maßgebend.

Maßgebend ist der Prozeßinhalt, wie er in dem angefochtenen Urteile festgestellt ist, und maßgebend ist die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes. Wohl aber kann auch eine tatsächliche Feststellung des Berufungsurteiles um deswillen angefochten werden, weil sie auf einer Gesetzesverletzung beruhe; es kann geltend gemacht werden, daß unter Verletzung des Gesetzes tatsächliches Vorbringen oder eine Beweisantretung übergangen oder Nichtvorgebrachtes als vorgebracht angenommen sei, oder daß die Feststellung der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache auf Gesetzesverletzung beruhe, z. B. auf der Verletzung eines Grundsatzes über die Verteilung der Beweislast, oder auf der Verletzung einer gesetzlichen Beweisregel, oder auf irriger Anwendung oder Nichtanwendung einer Rechtsvermutung oder einer gesetzlichen Fiktion (einer Versäumnisfolge), oder auf einem Verstoße gegen die Regeln über Offenkundigkeit oder gerichtliches Geständnis. Vgl. ZPO. § 554 Nr. 2.

Neue Tatsachen oder Beweismittel sind ausgeschlossen, abgesehen von solchen, welche dazu dienen sollen, die behauptete Verletzung prozessualer Normen (in Bezug auf das dem Urteil zu Grunde liegende Verfahren[17]) oder auf die Feststellung des Sachverhältnisses) zu begründen. ZPO. § 561.

Maßgebend ist auch die Entscheidung des Berufungsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt irrevisibler Rechtsnormen. ZPO. § 562.

Der Prüfung des Revisionsgerichtes aber untersteht die Frage, welches Recht, ob revisibles oder irrevisibles Recht[18]) zur Anwendung zu bringen sei; ist z. B. ausländisches Recht angewendet statt des inländischen, so ist durch Nichtanwendung das inländische, ist inländisches Recht angewandt statt ausländischen Rechts, so ist das internationale Privatrecht verletzt; ebenso hat das Revisionsgericht zu entscheiden, ob eine landesrechtliche Norm durch Reichsrecht, ob eine gemeinrechtliche durch Landesrecht[19]) beseitigt sei.

V. Die Revision unterscheidet sich von der Berufung im wesentlichen dadurch, daß sie auf die Rechtsfrage beschränkt ist („Rechtsberufung"). Sie setzt aber wie diese voraus, daß durch die angefochtene Entscheidung ein Parteiinteresse verletzt sei (vgl. oben § 97 II). Und es muß gerade die das Parteiinteresse verletzende Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhen; es genügt nicht, daß das Gesetz verletzt sei, es muß auch, wie man zu sagen pflegt, die Gesetzesverletzung für die angefochtene Entscheidung „kausal" sein, in dem Sinne, daß ohne die Gesetzesverletzung

---

[17]) Vgl. z. B. ZPO. § 551. ERG. Bd. 11 Nr. 105 (S. 401): Die Tatsachen, von denen die Zulässigkeit der Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter abhängt.

[18]) Das Bestehen irrevisibeln Rechtes untersteht nicht der Prüfung des Revisionsgerichtes, so z. B. ERG. Bd. 3 Nr. 42, Bd. 4 Nr. 58 (S. 202); wohl aber ist die Revision zulässig, sofern bei der Annahme eines irrevisibeln Gewohnheitsrechtes gegen die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Entstehung des Gewohnheitsrechtes verstoßen ist. ERG. Bd. 2 Nr. 49.

[19]) S. z. B. ERG. Bd. 20 Nr. 47.

die Entscheidung anders ausgefallen sein würde. ZPO. § 549. Daher ist auch die Revision zurückzuweisen, wenn zwar die Entscheidungsgründe eine Gesetzesverletzung ergeben, die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig darstellt.[20]) ZPO. § 563.

Dabei ist nicht zu vergessen, daß es etwas anderes ist, ob die Berufung als unzulässig verworfen oder ob sie als unbegründet zurückgewiesen wird.

Insbesondere also kann die Revision nicht auf einen *Mangel im Verfahren* gegründet werden, der auf die Entscheidung keinen Einfluß geübt haben kann.[21]) Gewisse prozessuale Mängel aber, Verstöße gegen gewisse *grundlegende* Vorschriften des Prozeßrechtes, begründen *unbedingt* die Revision: ob sie mit der angefochtenen Entscheidung im Zusammenhang stehen, ist nicht zu untersuchen, dieser Zusammenhang muß vielmehr in jedem Falle als gegeben angenommen werden. ZPO. § 551.

Diese Verstöße sind im einzelnen folgende:

1. Das Gericht war nicht vorschriftsmäßig besetzt (vgl. oben § 83 A I).[22])

2. Bei der Entscheidung hat ein gesetzlich ausgeschlossener Richter mitgewirkt; es sei denn, daß dieses Hindernis schon mittels eines Ablehnungsgesuches erfolglos geltend gemacht war (vgl. oben § 83 A II, III).

3. Bei der Entscheidung hat ein Richter mitgewirkt, der wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war (vgl. oben § 83 A IV).

4. Das Gericht hat seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit zu Unrecht angenommen. Gleich steht die unrichtige Annahme der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges, der die Zuständigkeit der Gerichte *überhaupt* bedeutet (vgl. oben § 12).

5. Eine Partei war in dem Verfahren nicht nach gesetzlicher Vorschrift (nach den Bestimmungen über gesetzliche Vertretung und Vollmacht) vertreten; es sei denn, daß dieser Mangel durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung geheilt ist (vgl. oben §§ 24, 25, 77, 78).

6. Bei einer dem Urteil zu Grunde liegenden mündlichen Verhandlung sind die Vorschriften über Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt; die Öffentlichkeit ist zu Unrecht ausgeschlossen oder nicht ausgeschlossen worden (vgl. oben § 66).

7. Die Entscheidung ist (in dem angegriffenen Punkte) nicht mit Gründen versehen; entweder sie ist überhaupt nicht begründet oder nur scheinbar (mit einer inhaltsleeren Formel).[23])

---

[20]) Eine Zusammenstellung von Beispielen bei *Seuffert* Nr. 2 zu § 563 ZPO.

[21]) Auf einen Mangel des *erstinstanzlichen* Verfahrens kann die Revision nur gegründet werden, sofern darauf auch die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht. Vgl. ERG. Bd. 6 Nr. 113 (Nr. 54).

[22]) Es gehören hieher auch die Vorschriften über die Kammerbildung und über den Vorsitz, ERG. Bd. 37 Nr. 61, nicht aber die über die Mitwirkung des Gerichtsschreibers, s. oben § 13 III Abs. 3. Vgl. ferner auch ZPO. § 309.

[23]) S. z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 66 (S. 262).

Mangel oder Mangelhaftigkeit des Tatbestandes begründet die Revision nur dann, wenn die angefochtene Entscheidung damit in Zusammenhang steht.[24])

VI. Um eine Überlastung des Revisionsgerichtes zu verhüten, beschränkt das Gesetz die Zulässigkeit der Revision durch das Erfordernis der Revisionssumme:[25]) in vermögensrechtlichen Prozessen ist die Revision nur statthaft, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes den Betrag von 1500 Mark übersteigt. ZPO. § 546[1].

1. Nicht auf den Wert des Streitgegenstandes kommt es an, sondern auf den Wert des Beschwerdegegenstandes, d. h. auf den Wert, um welchen das Vermögen des Revisionsklägers durch die angefochtene Entscheidung zu Unrecht verkürzt würde, wenn die Revisionsbeschwerde sich als begründet darstellte.

Der Beschwerdegegenstand kann nie größer sein als der Streitgegenstand, selbstverständlich aber sehr viel kleiner. Ist z. B. auf 3000 Mark geklagt und der Beklagte zu 1500 Mark verurteilt, zur anderen Hälfte die Klage abgewiesen, so ist die Revisionssumme nicht gegeben.

2. Ist ein Teilurteil angefochten, so ist nur der Inhalt dieses Teilurteiles maßgebend;[26]) es kann also durch Erlassung von Teilurteilen den Parteien die Möglichkeit der Revision entzogen werden.

3. Auf die Berechnung des Wertes sind die Vorschriften der §§ 3—9 ZPO. entsprechend anzuwenden. ZPO. § 546[2]. Vgl. oben § 28 II.

Im einzelnen ist dabei manches zweifelhaft. Nebenansprüche (vgl. ZPO. § 4) werden, richtiger Ansicht nach, doch dann in Betracht kommen, wenn sie allein noch den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bilden. Entsprechend dem § 5 sind, wenn beide Parteien die Revision eingelegt haben, die Beschwerdegegenstände nicht zusammenzurechnen; dagegen sind zusammenzurechnen die Gegenstände mehrerer Beschwerden desselben Revisionsklägers, auch wenn sie Klage und Widerklage betreffen.[27])

Die Revision wird unstatthaft, wenn der Revisionsantrag nachträglich unter die Revisionssumme herabgesetzt wird; sie bleibt dagegen statthaft, wenn nach Einlegung der Revision der Gegner den Beschwerdegegenstand durch sein Verhalten (teilweise Zahlung, Anerkennung, Verzichtleistung) mindert.[28])

4. Das Vorhandensein der Revisionssumme hat der Revisionskläger glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eides Statt darf er aber nicht zugelassen werden. § 546[3].

---

[24]) Das ist der Fall, wenn, nach den Urteilsgründen, der Entscheidung Tatsachen zu Grunde gelegt sind, von denen sich, wegen des mangelnden oder mangelhaften Tatbestandes, nicht feststellen läßt, ob sie mündlich vorgetragen wurden. ERG. Bd. 2 Nr. 117, Bd. 4 Nr. 53, Bd. 6 Nr. 104, Bd. 36 Nr. 47. Dagegen vgl. ERG. Bd. 4 Nr. 123 (keine kausale Gesetzesverletzung, wenn die im Tatbestand übergangenen Anträge aus dem Protokoll ersichtlich sind).

[25]) Der Gedanke, Rechtsmittel mit Rücksicht auf den Wert der Sache zu beschränken, ist alt. JRA. §§ 112, 114, 127 (summa appellabilis, summa revisibilis) und eine ganze Reihe älterer partikularer und Reichsgesetze; vgl. Wetzell § 54 Nr. 2d (S. 709 ff.) und § 59 N. 25.

[26]) Auch wenn zufällig zwei in demselben Prozeß ergangene Teilurteile zugleich angefochten werden. ERG. Bd. 13 Nr. 90.

[27]) ERG. Bd. 7 Nr. 117 (Vereinigte Zivilsenate).

[28]) ERG. Bd. 5 Nr. 107, Bd. 15 Nr. 113.

5. Ohne Rücksicht auf die Revisionssumme ist aber die Revision zulässig, sofern sie die Frage der Zuständigkeit des Gerichtes, der Zulässigkeit des Rechtsweges oder der Zulässigkeit der Berufung[29]) betrifft, und ferner in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes (GVG. § 70) zuständig sind. ZPO. § 547.

VII. Als vorbereitender Schriftsatz (ZPO. § 554[1], vgl. oben § 98 V) soll die Revisionsschrift außer den Revisionsanträgen auch eine Begründung derselben enthalten; und zwar soll sie bezeichnen:

1. die verletzte Rechtsnorm, sofern sich die Revision auf Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm gründet;

2. sofern sie sich auf einen Mangel des Verfahrens gründet, die diesen Mangel ergebenden Tatsachen;

3. sofern sie sich darauf gründet, daß die tatsächliche Feststellung auf Gesetzesverletzung beruhe (vgl. oben IV), die Tatsachen, die zu Unrecht festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen sein sollen. ZPO. § 554[2].

Ferner soll auch in der Revisionsschrift, wenn die Zulässigkeit der Revision von dem Werte des Beschwerdegegenstandes abhängt und dieser nicht in einer bestimmten Geldsumme besteht, der Wert des Beschwerdegegenstandes angegeben werden. ZPO. § 554[3].

VIII. Was über den Parteivortrag bei der mündlichen Verhandlung für die Berufungsinstanz bestimmt ist (ZPO. § 526, vgl. oben § 99 II), das gilt entsprechend auch für die Revisionsinstanz. ZPO. § 566.

IX. Das Revisionsurteil soll darüber entscheiden, ob und inwieweit die Anfechtung des Berufungsurteiles begründet sei oder nicht; das ist der unmittelbare Gegenstand der Revisionsentscheidung (vgl. oben § 98 XI).

1. Insoweit die Anfechtung für unbegründet erachtet wird, ist die Revision zurückzuweisen. Insoweit sie für begründet erachtet wird, ist das Urteil aufzuheben; und erfolgt die Aufhebung wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich auch das Verfahren aufzuheben, insoweit es durch den Mangel betroffen wird. ZPO. § 564.[30])

2. In der Regel nun ist das Revisionsgericht, wenn es das angefochtene Urteil aufhebt, nicht in der Lage, gleich den Rechtsstreit selbst zu erledigen, muß vielmehr die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht[31]) zurückverweisen. In der

---

[29]) Insbesondere auch der Anschlußberufung, ERG. Bd. 46 Nr. 123. — Hier wird es von Bedeutung, daß die Zulässigkeit einer Wiedereinsetzung die Zulässigkeit der nachgeholten Prozeßhandlung bedeutet (oben § 86 IV 3); vgl. ERG. Bd. 30 Nr. 102.

[30]) Vgl. dazu oben § 99 VI B.

[31]) Gleich an das Gericht erster Instanz muß aber oder kann die Sache zurückverwiesen werden, wenn feststeht, daß das Berufungsgericht (ZPO. §§ 538, 539) dies

Rechtsfrage bleibt dann die Entscheidung des Revisionsgerichtes für diesen Prozeß maßgebend: die rechtliche Beurteilung,[32]) auf die sich die Aufhebung gründet,[33]) hat auch das Berufungsgericht seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.[34]) ZPO. § 565[2].

Wegen der — mehrfach bemerkten — Neigung der Oberlandesgerichte, ihre Rechtsansicht doch wieder zur Geltung zu bringen, kann die Zurückweisung auch an einen anderen Senat des Berufungsgerichts erfolgen. § 565[1] Satz 2.

Man hat das Verhältnis des Berufungsgerichts zum Revisionsurteil auch dahin ausgedrückt: mit dem Revisionsurteil zusammen bilde das neue Urteil des Berufungsgerichtes erst die gesamte Revisionsentscheidung.[35]) Aber das neue Urteil ist gleichfalls Berufungsurteil, gegen welches wiederum Revision eingelegt werden kann. Richtiger ist wohl zu sagen: das zurückverweisende Revisionsurteil — Endurteil, insofern es die Instanz erledigt, aber Zwischenurteil in Hinsicht auf den Gesamtprozeß — enthält bereits ein maßgebendes Element der künftigen Entscheidung des Berufungsgerichts. — Auch das Revisionsgericht selbst ist an die seiner Entscheidung zu Grunde liegende Rechtsansicht für diesen Prozeß gebunden, und dies auch dann, wenn es in einem anderen Prozeß inzwischen davon abgewichen ist.[36])

Soweit die Aufhebung reicht (also wenn das ganze Berufungsurteil aufgehoben ist, in vollem Umfange), gelangt die Sache vor dem Berufungsgericht zu neuer Verhandlung, daher wird insoweit auch eine Erweiterung der Berufungsanträge, eine neue Anschlußberufung möglich und ist das Berufungsgericht durch keine relative Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils gebunden.[37])

3. Nur unter besonderen Umständen — wenn die Endentscheidung des Rechtsstreites ohne weitere tatsächliche Erörterung erfolgen kann — ist sie gleich vom Revisionsgerichte selbst zu geben; dann nämlich (ZPO. § 565[3]), wenn:

1) die Aufhebung wegen einer Verletzung des materiellen Rechtes bei seiner Anwendung auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach diesem die Sache zur Endentscheidung[38]) reif ist;

2) wenn die Aufhebung des Urteiles wegen Unzuständigkeit des Gerichtes oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erfolgt oder (wie zu schließen ist) aus einem anderen prozessualen Grunde, demzufolge ohne weiteres die Klage oder die Berufung oder der Einspruch als unstatthaft erscheint.[39])

---

hätte tun müssen oder können. ERG. Bd. 5 Nr. 23 (S. 94), Bd. 23 Nr. 100 (S. 429), Bd. 50 Nr. 49 (S. 224).

[32]) Also nicht bloß die Auslegung des Gesetzes, sondern auch die Subsumtion des Tatbestandes unter das Gesetz, soweit sie in dem Revisionsurteil bereits vorgenommen ist.

[33]) Rechtsausführungen, die mit der Aufhebung in keinem Zusammenhang stehen, sind also nicht maßgebend.

[34]) Sofern sich also die Aufhebung auf einen Mangel im Verfahren gründet, muß bei dem neuen Verfahren die Rechtsansicht des Revisionsgerichtes befolgt werden.

[35]) In diesem Sinne Bierhaus, Z. Bd. 6 S. 217 ff. Seuffert, Z. Bd. 7 S. 54. Dagegen Struckmann, Z. Bd. 6 S. 391 ff.

[36]) RG. Gruchot Bd. 34 S. 1166 f.

[37]) ERG. Bd. 12 Nr. 121, Bd. 26 Nr. 87.

[38]) Oder was dem gleich gilt, zu einem vorabentscheidenden Zwischenurteil (ZPO. § 304) über den Grund des Anspruchs. ERG. Bd. 50 Nr. 49.

[39]) Das ist schon aus der Fassung der Nr. 1 des § 565 zu schließen, die zwischen

Wenn aber in diesen (unter Nr. 1 u. 2 genannten) Fällen für die Endentscheidung irrevisibele Rechtsnormen in Frage kommen, so muß zwar nicht, aber es kann doch die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. ZPO. § 565[4].

X. Auf das Versäumnisverfahren kommen (ZPO. § 557) die Regeln der ersten Instanz zu entsprechender Anwendung. Danach ist, wenn der Revisionskläger säumig ist, die Revision zurückzuweisen; ist der Revisionsbeklagte säumig, so gelten die etwa zulässigerweise (vgl. oben IV) neu vorgebrachten Tatsachen für zugestanden; im übrigen ist das im Berufungsurteil festgestellte Sachverhältnis zu Grunde zu legen, und zu prüfen, inwieweit danach der Revisionsantrag rechtlich begründet erscheint.

§ 101.

Beschwerde.

I. Den Namen „Beschwerde" führen die Rechtsmittel zur unmittelbaren Anfechtung gewisser Entscheidungen (Beschlüsse, Verfügungen, Zwischenurteile), die nicht Endurteile oder ihnen gleichgestellte Zwischenurteile sind. Der Beschwerde gibt es zwei Arten: die einfache und die sofortige Beschwerde. Wo die Zivilprozeßordnung von „Beschwerde" schlechthin redet, ist immer die einfache Beschwerde gemeint.

Unmittelbare und mittelbare Anfechtbarkeit schließen einander aus. Die mit der Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen sind der mittelbaren Anfechtung durch Berufung oder Revision entzogen. ZPO. §§ 512, 548 (vgl. oben § 98 I 3).

II. Zulässigkeit der Beschwerde.

1. Die Beschwerde ist 1) allgemein gegen solche Entscheidungen zulässig, die eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordern,[1]) sofern sie ein das Verfahren[2]) betreffendes Gesuch[3]) zurückweisen (vgl. z. B. ZPO. §§ 36, 204, 216, 261); sie ist 2) zulässig in den vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen. ZPO. § 567[1].

Vgl. z. B. ZPO. §§ 46, 49, 71, 99, 102, 103, 105, 107, 109, 127, 135, 252, 319, 336, 380, 387, 390, 402, 406, 409 u. s. w. Außerdem wird die Beschwerde nach

materiellem und prozessualem Sachverhältnis nicht unterscheidet. Die Nr. 2 hätte also nur die Bedeutung, daß sie zwei besonders wichtige Fälle hervorhebt. So die fast allgemeine Meinung.

[1]) Gleichviel ob im einzelnen Fall eine solche stattgefunden hat oder nicht.

[2]) Vgl. § 84 IV.

[3]) Ein selbständiges Gesuch ist gemeint, nicht ein Antrag auf Zurückweisung eines Gesuches des Gegners, ERG. Bd. 46 Nr. 102. Auch nicht ein Antrag auf einen Beschluß (z. B. Auferlegung einer Strafgebühr nach GKG. § 48), den von Amts wegen zu erlassen im freien Ermessen des Gerichtes steht. ERG. Bd. 32 Nr. 106. (Nur gegen die Auferlegung der Strafgebühr findet nach § 48 GKG. Beschwerde statt.)

Maßgabe der Bestimmungen der ZPO. noch in verschiedenen anderen Reichsgesetzen zugelassen; z. B. vgl. GVG. § 175, GKG. § 4, RAO. §§ 35, 36, KO. § 73.

Die sofortige Beschwerde insbesondere ist allgemein zulässig gegen Entscheidungen, die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können. ZPO. § 793.

Manche Entscheidungen sind ihrer Natur nach der mittelbaren Anfechtung, durch Rechtsmittel gegen das Endurteil (vgl. oben § 98 I 3), nicht zugänglich; so alle die Entscheidungen, die auf das Verfahren Bezug haben und keiner vorgängigen mündlichen Verhandlung bedürfen; sodann Entscheidungen, die für den Fortgang des Rechtsstreites von Bedeutung sind (z. B. über Aussetzung des Verfahrens); ferner Entscheidungen, von welchen dritte Personen betroffen werden (z. B. Zeugen oder Sachverständige). Auf der anderen Seite ist die *unmittelbare* Anfechtung durch Beschwerde gerade zu *dem* Zweck gegen gewisse Entscheidungen von untergeordneter Bedeutung zugelassen, daß ihnen kein Grund zu einer nachträglichen Anfechtung des *Endurteiles* entnommen werden könne.

Keine Beschwerde im zivilprozessualen Sinn ist die Beschwerde wegen verweigerter Rechtshilfe, GVG. § 160.

Die Beschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz fällt in das Gebiet der Justizverwaltung; s. oben § 10 III.

2. Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen oberlandesgerichtliche Entscheidungen, die sich auf die *Prozeßkosten* beziehen[4]), ist durch das Erfordernis einer *Beschwerdesumme* beschränkt; sie ist nur zulässig, wenn die Beschwerdesumme den Betrag von 100 Mark übersteigt. ZPO. § 567[2].

3. Eine Beschwerde gibt es nicht gegen Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtschreibers. Vielmehr ist, da sie nur als ausführende Organe des Prozeßgerichtes erscheinen, gegen ihre Entscheidungen zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichtes nachzusuchen.[5]) Erst gegen die Entscheidung des Prozeßgerichtes ist dann die Beschwerde möglich. ZPO. § 576. (Hinsichtlich der sofortigen Beschwerde s. § 577[4].)

Anders verhält es sich mit Entscheidungen des Vorsitzenden (vgl. oben § 81 III); sie unterliegen, insofern er als selbständiges Gerichtsorgan auftritt, unmittelbar selbst der Beschwerde. ZPO. § 569[1]. In gewissen Beziehungen aber — bei seinen in der mündlichen Verhandlung erlassenen auf die Sachleitung bezüglichen Entscheidungen, bei seinen Fragen an die Parteien, an Zeugen und Sachverständige — handelt er nur in Vertretung des Kollegiums; daher hat, wenn seine Entscheidung oder seine Frage von einem Beteiligten als unzulässig beanstandet wird, zunächst das Gericht zu entscheiden und findet erst gegen dessen Entscheidung die Beschwerde statt. ZPO. §§ 140, 397[3].

4. Die Beschwerde setzt, wie jedes Rechtsmittel, die Verletzung eines *Interesses*, und zwar eines Interesses des Beschwerdeführers voraus. Bei der Beschwerde aber ist dieses Interesse nicht immer das Interesse einer

---

[4]) Vgl. ZPO. §§ 99[2], 103[1], 105[4], 107[3]. Aber auch eine Kostenverurteilung auf Grund des § 89[1] (ERG. Bd. 51 Nr. 22), ein Berichtigungsbeschluß, der sich nur auf den Kostenpunkt des Urteils bezieht. ERG. Bd. 47 Nr. 87. Es kommt nur darauf an, ob *inhaltlich* die Beschwerde bloß den Kostenpunkt betrifft. ERG. Bd. 49 Nr. 96.

[5]) Das gilt auch für das Reichsgericht. ZPO. § 576[3].

Prozeßpartei; eine Beschwerde kann auch von dritten an dem Prozeß in irgendwelchem Sinne beteiligten Personen gegen solche Entscheidungen erhoben werden, die ihr Interesse berühren.

So von Zeugen, Sachverständigen, von dem Rechtsanwalt für seine Person, dem Gerichtschreiber u. s. w. Vgl. §§ 102, 135, 380, 387, 390, 402, 409.

Auf die Beschwerde kann (wie auf jedes Rechtsmittel) verzichtet, die erhobene Beschwerde kann (und zwar bis zur gerichtlichen Entscheidung) zurückgenommen werden.

III. Insbesondere Zulässigkeit der weiteren Beschwerde.[6])

Die Beschwerde ist gegen Entscheidungen jeder Instanz (ausgenommen selbstverständlich die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes) zulässig. Sie kann auch gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts (gegen die Entscheidung über eine erhobene Beschwerde) erhoben werden, vorausgesetzt,[7]) daß auch sie (nach ZPO. § 567) ihrem Inhalte nach der Beschwerde zugänglich ist. Die Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes bezeichnet das Gesetz als „weitere Beschwerde". Eine solche ist jedoch nur insofern zulässig, als in der Entscheidung des Beschwerdegerichtes ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gelegen ist. ZPO. § 568[2].

1. Sie ist also ausgeschlossen, wenn und soweit die Entscheidung des Beschwerdegerichts mit der angefochtenen Entscheidung gleichen Inhalt hat,[8]) es sei denn, daß durch einen prozessualen Verstoß in der Beschwerdeinstanz ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben ist.[9])

An dem gleichen Inhalte fehlt es immer, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde als prozessualisch unzulässig verwirft.[10])

Wird der Beschwerde stattgegeben, so hat nun der Gegner die weitere Beschwerde[11]) (vorausgesetzt, daß gegen eine Entscheidung dieses Inhaltes nach ZPO. § 567 überhaupt eine Beschwerde zulässig ist).[12])

Dabei kommt es nur auf den Inhalt der Entscheidung an und nicht auf ihre Begründung; die weitere Beschwerde ist auch dann nicht zulässig, wenn das Beschwerdegericht die Beschwerde aus anderen Gründen, insbesondere auf Grund neuer Tatsachen (ZPO. § 570), zurückgewiesen hat.[13])

---

[6]) v. Völderndorff, Z. Bd. 1 S. 17 ff. Brettner, Z. Bd. 1 S. 247 ff. Fitting, Z. Bd. 2 S. 284 ff.

[7]) ERG. Bd. 51 Nr. 32 und die hier zitierten Entscheidungen.

[8]) Das alte Prinzip der „duae conformes" (scil. sententiae), d. h. der in der älteren partikularen Prozeßgesetzgebung vielfach aufgestellte Grundsatz, daß das zweite gleichlautende Erkenntnis nicht weiter durch ein Rechtsmittel anfechtbar sei! Wetzell § 54 N. 81.

[9]) Z. B. es ist ein Beschwerdepunkt übergangen, ERG. Bd. 18 Nr. 100, Bd. 30 Nr. 99, es sind die zur Begründung der Beschwerde (ZPO. § 570) vorgebrachten neuen tatsächlichen Behauptungen oder Beweismittel nicht berücksichtigt, oder das Beschwerdegericht war nicht zuständig. ERG. Bd. 17 Nr. 92, Bd. 42 Nr. 82.

[10]) ERG. Bd. 4 Nr. 99, Bd. 14 Nr. 109. Und zwar kommt es nur darauf an, daß nach dem Inhalte der Entscheidung die Beschwerde als unzulässig verworfen werden soll. ERG. Bd. 16 Nr. 71, Bd. 30 Nr. 127.

[11]) ERG. Bd. 42 Nr. 100.

[12]) Beispiele s. ERG. Bd. 31 Nr. 103, Bd. 35 Nr. 116 (ZPO. § 406[5]).

[13]) ERG. Bd. 1 Nr. 81, Bd. 16 Nr. 92 (S. 373).

Gleichgültig ist, ob gegen ein Endurteil der betreffenden Instanz ein weiteres Rechtsmittel gegeben wäre.

2. Nach dem Gesagten könnte auch gegen die Entscheidung über eine weitere Beschwerde wiederum eine weitere Beschwerde zulässig sein. Es ist aber gegen oberlandesgerichtliche Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde eine weitere Beschwerde ausgeschlossen. ZPO. § 568[4].

Es ist also ausgeschlossen eine vierte Beschwerdeinstanz in amtsgerichtlichen Sachen, wie sie seltsamerweise vor der Novelle gegeben war.

3. In Kostenfragen ist auch die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde durch das Erfordernis einer Beschwerdesumme beschränkt. ZPO. § 568[3].

Landgerichtliche Entscheidungen in Betreff der Prozeßkosten unterliegen einer weiteren Beschwerde nur, wenn die Beschwerdesumme den Betrag von 50 Mark übersteigt, und auf die weitere Beschwerde gegen oberlandesgerichtliche Entscheidungen findet die Vorschrift des § 567[2] ZPO. entsprechende Anwendung.

IV. Die Beschwerde bezweckt, je nach den Umständen, entweder nur die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (z. B. eines Aussetzungsbeschlusses) oder ihre Abänderung. Sie ist ihrem Wesen nach nicht Beschwerde über ein vom Richter begangenes Unrecht; sie kann sich auf neue Tatsachen und Beweise gründen. ZPO. § 570.

Die querela simplex des gemeinen Rechtes[14]) charakterisiert sich dagegen als Anrufung der oberrichterlichen Disziplinargewalt; sie richtet sich gegen eine Versagung der Amtstätigkeit (Beschwerde wegen verweigerter oder verzögerter Justiz, aber auch wegen Abweisung der Klage oder eines Gesuches aus prozessualem Grunde ohne Eingehen auf seinen materiellen Inhalt) oder gegen einen unrichtigen Gebrauch der Amtsgewalt (z. B. Beschwerde eines Zeugen über seine Bestrafung wegen Verletzung der Zeugnispflicht). Eine Vergleichung mit der Beschwerde der ZPO. ist kaum möglich. Die Anwendungsgebiete decken sich nur zum Teil. In vielen Fällen ersetzt unsere Beschwerde die gemeinrechtliche Appellation gegen Interlokute.

V. Die Beschwerde hat Devolutiveffekt, sie unterbreitet die angefochtene Entscheidung der Nachprüfung des im Instanzenzuge nächst höheren Gerichtes. ZPO. § 568[1]. Vgl. GVG. § 71, § 123 Nr. 4. § 135 Nr. 2.

Nun sind aber die Entscheidungen, gegen welche die einfache Beschwerde zulässig ist, für das Gericht oder den Vorsitzenden, von dem sie erlassen sind, nicht bindend. Wird also die Beschwerde bei dem Gericht eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist, und wird sie von dem Gerichte oder von dem Vorsitzenden, gegen dessen Entscheidung sie sich richtet, für begründet erachtet, so haben diese selbst die verlangte Abhilfe zu schaffen.[15]) ZPO. § 571.

---

[14]) Wetzell § 61.

[15]) Und dies sogar dann, wenn die Beschwerde (die sofortige Beschwerde z. B. aus dem Grund, weil zwei gleiche Entscheidungen vorliegen) unzulässig ist. ERG. Bd. 33 Nr. 98.

Hienach hat die einfache Beschwerde zugleich und in erster Linie die Bedeutung einer „Gegenvorstellung".

1. Auf die mit der einfachen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen ist also (eben weil sie frei widerruflich sind) der Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar. Die einfache Beschwerde ist denn auch jederzeit zulässig (selbstverständlich, solange sie nach Lage der Sache noch Zweck haben kann).

Anders verhält es sich mit der sofortigen Beschwerde; die Entscheidungen, gegen welche sich diese richtet, sind in der Regel unwiderruflich; sie ist an eine Notfrist gebunden (ZPO. § 577, vgl. unten VII) und die Einlegung der sofortigen Beschwerde hemmt die Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung.

2. Auf der anderen Seite sind die der Beschwerde (der einfachen wie der sofortigen) unterworfenen Entscheidungen ohne weiteres wirksam, insbesondere sind sie (sofern sie einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben) sofort vollstreckbar, ohne Rücksicht darauf, daß sie angefochten und also aufgehoben werden können (vgl. ZPO. § 794 Nr. 3). Ja, selbst die Einlegung der Beschwerde hemmt in der Regel die Vollstreckung nicht. Sie hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§ 109, 380, 390, 409, 619, 656, 678 ZPO. erwähnten Entscheidungen gerichtet ist. In den übrigen Fällen kann aber das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Aussetzung des Vollzuges anordnen. Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen und insbesondere kann es auch den Vollzug der angefochtenen Entscheidung aussetzen. ZPO. § 572.

VI. Das Verfahren ist einfacher und formloser als bei den Rechtsmitteln gegen Endurteile gestaltet.

1. Eingelegt wird die Beschwerde bei dem Gericht, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; in dringenden Fällen kann sie auch bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden (die sofortige auch in nicht dringlichen Fällen). ZPO. §§ 569[1], 577[2]. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bei Gericht;[16]) und zwar muß sie, sofern Anwaltszwang für das Verfahren desjenigen Gerichtes besteht, bei welchem sie eingereicht wird, von einem bei diesem zugelassenen Rechtsanwalte unterzeichnet sein.[17]) Ein bestimmter Inhalt ist für sie nicht vorgeschrieben.[18]) ZPO. § 569[2].

[16]) Sehr wohl kann die Beschwerdeschrift aber auch im Lauf einer mündlichen Verhandlung überreicht werden. ERG. Bd. 29 Nr. 88.

[17]) ERG. Bd. 1 Nr. 156 (Vereinigte Zivilsenate).

[18]) Insbesondere ist auch ein Antrag nicht vorgeschrieben. ERG. Bd. 24 Nr. 86. Doch muß der Wille ersichtlich sein, gegen eine bestimmte Entscheidung die Beschwerde einzulegen. Die Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein Endurteil (die Einreichung des Schriftsatzes zur Terminsbestimmung, die Niederlegung einer Abschrift beim Gericht) kann jedenfalls nicht nachträglich als Beschwerde gelten. ERG. Bd. 43 Nr. 106 und die hier angeführten Entscheidungen.

In folgenden Fällen kann aber die Einlegung auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtschreibers erfolgen: in amtsgerichtlichen Sachen (einerlei ob der Rechtsstreit beim Amtsgerichte noch anhängig ist oder anhängig war), ferner wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird. ZPO. § 569[2]. In diesen Fällen unterliegt sie also auch nicht dem Anwaltszwange. ZPO. § 74[2].[19])

2. Die Beschwerde ist vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen (vorausgesetzt, daß nicht der einfachen Beschwerde schon von dem Gerichte oder dem Vorsitzenden abgeholfen wird, dessen Entscheidung angefochten ist). ZPO. § 571.

3. Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Das Gericht kann nach seinem Ermessen eine mündliche Verhandlung anordnen oder den Gegner — mündlich oder schriftlich — hören oder von jedem Gehöre des Gegners absehen (doch ist Gehör des Gegners durch die Natur der Sache gefordert, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel geltend gemacht sind). Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann deren Abgabe durch einen beim Gericht der angefochtenen Entscheidung zugelassenen Anwalt (nicht nur, wie es die Regel verlangte, durch einen beim Beschwerdegericht zugelassenen) erfolgen. In den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtschreibers eingelegt werden darf, kann auch die Erklärung zum Protokolle des Gerichtschreibers abgegeben werden; in diesen Fällen unterliegt denn auch die etwa angeordnete mündliche Verhandlung nicht dem Anwaltszwange.[20]) ZPO. § 573.

4. Die Entscheidung über die Beschwerde erfolgt stets in Form eines Beschlusses (auch wenn die angefochtene Entscheidung ein Zwischenurteil ist).[21])

Das Beschwerdegericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form (die sofortige Beschwerde auch in der gesetzlichen Frist) eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. ZPO. § 574.

Ist sie zulässig, so ist nun zu entscheiden, ob und inwieweit sie begründet ist. Wenn nicht bloß die Aufhebung der angefochtenen Ent-

---

[19]) Das gilt also in amtsgerichtlichen Sachen auch dann, wenn die Beschwerde bei einem höheren Gerichte eingereicht wird. ERG. Bd. 35 Nr. 88, Bd. 36 Nr. 91.

[20]) Das folgt aus analoger Anwendung des Abs. 2. Die Mehrzahl der Komment. ist anderer Meinung.

[21]) Es ist also auch ein Eidesurteil nicht möglich. Ausnahmsweise aber (vgl. ZPO. § 477[2]) kann im Falle des § 99[2] ZPO., wo die sofortige Beschwerde gegen ein Urteil zugelassen wird, ein richterlicher Eid vom Beschwerdegericht in Form eines Beschlusses auferlegt werden; denn es ist nicht anzunehmen, daß er, in der ersten Instanz zulässig, in der höheren ausgeschlossen sein solle. ERG. Bd. 50 Nr. 89.

scheidung, sondern auch eine andere Anordnung erforderlich ist, so kann nach seinem Ermessen das Gericht diese andere Anordnung dem Richter der angefochtenen Entscheidung *übertragen*.[22]) ZPO. § 575.

Das wird namentlich dann angemessen sein, wenn, im Falle weiterer Beschwerde, die aufgehobene Entscheidung die Beschwerde als unzulässig verworfen hatte; nach anderer Ansicht ist es sogar *notwendig*.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist für das Gericht der angefochtenen Entscheidung bindend; diese kann also auch seine Entscheidung nicht mehr, gemäß § 571, ändern, nachdem sie vom Beschwerdegericht bestätigt ist.

VII. Die *sofortige* Beschwerde hat nach dem schon Bemerkten die folgenden Besonderheiten (vgl. ZPO. § 577).

1. Sie ist, wie die Rechtsmittel gegen Endurteile, an eine *Notfrist* gebunden: die Entscheidungen, gegen welche sie gegeben ist, sind solche, von denen es — im Interesse des Gegners oder im Interesse des sicheren Fortganges des Verfahrens — wünschenswert ist, daß sie nicht lange anfechtbar bleiben.

Die Notfrist beträgt zwei Wochen und beginnt in der Regel mit der Zustellung der Entscheidung, ausnahmsweise, in den Fällen der §§ 336 und 952[4] ZPO., mit ihrer Verkündung.[23]) Zur Wahrung der Notfrist genügt die Einlegung bei dem Beschwerdegericht, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Auch noch nach Ablauf der Notfrist kann die Beschwerde erhoben werden, wenn die Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens vorliegen; sie muß dann innerhalb der für diese (für die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage) geltenden Notfristen (§ 586) erhoben werden. In den Fällen des § 576 (Beschwerde gegen Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters[24]) oder des Gerichtschreibers)[25]) muß innerhalb der Notfrist die Entscheidung des Prozeßgerichtes nachgesucht werden, und zwar auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege; will das Prozeßgericht nicht dem Gesuch entsprechen, so hat es dasselbe dann dem Beschwerdegerichte vorzulegen:[26]) das Gesuch wirkt also eventuell als *Beschwerde*.

2. Die Entscheidungen, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, sind für den Richter, der sie erlassen hat, *bindend*, auch wenn sie nicht Urteile sind; die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschlüsse und Verfügungen stehen insofern den Urteilen gleich. Eine Ausnahme machen nur die Kostenfestsetzungen gemäß §§ 103[1] und 105[4]; diese dürfen nach Vorschrift des § 571 abgeändert werden. ZPO. § 577[3].

---

[22]) In dem „Übertragen" liegt schon, daß die Rechtsansicht des Beschwerdegerichtes für ihn maßgebend ist. ERG. Bd. 53 Nr. 80.

[23]) Nach der *herrschenden* Ansicht kann die sofortige Beschwerde aber auch schon *vor Beginn* der Notfrist eingelegt werden. So auch die *konstante Rechtsprechung des Reichsgerichts*. ERG. Bd. 40 Nr. 111 und die hier (S. 392) angeführten Entsch. Bd. 43 Nr. 106. Vgl. oben § 85 VI 1.

[24]) S. ZPO. § 406.

[25]) Vgl. ZPO. § 724[2].

[26]) Eines den Parteien zuzustellenden Beschlusses bedarf es hiezu nicht. ERG. Bd. 25 Nr. 88 (S. 390).

Die alte Kontroverse, ob die der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschlüsse überhaupt unabänderlich sind oder ob sie nur, wenn sie angefochten, nicht mehr abgeändert werden dürfen, ist auch durch die neue Fassung des § 577[3] nicht beseitigt. Die erstere, hier vertretene, Auffassung beruht auf dem Schluß, daß, wenn sie nicht abgeändert werden dürfen, nachdem es von einer Partei begehrt ist, das Gericht sie von sich aus erst recht nicht abändern dürfe.

---

2. Kapitel.

Wiederaufnahme des Verfahrens.[1]

§ 102.

I. Aus bestimmten Gründen können bereits rechtskräftig gewordene (durch „Rechtsmittel" nicht mehr anfechtbare) Urteile, noch durch „Klagen" angefochten werden, durch Nichtigkeitsklage oder durch Restitutionsklage, die auf Wiederaufnahme des abgeschlossenen Verfahrens gerichtet sind. Ihrem Wesen nach sind allerdings diese Klagen[2] auch nichts anderes als Rechtsmittel (entsprechend den „außerordentlichen" Rechtsmitteln des gemeinen Prozesses); denn sie führen nicht zu einem neuen Rechtsstreit, sondern nur zur Neuverhandlung des alten, insoweit er von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird, und den Weg dazu eröffnen sie durch Anfechtung des Endurteiles. ZPO. § 590[1]. Das Wiederaufnahmeverfahren verhält sich insofern zu dem durch das angefochtene Urteil abgeschlossenen ebenso, wie sich eine Rechtsmittelinstanz zu der vorhergehenden Instanz verhält. Des Ausdruckes „Rechtsmittel" bedient sich das Gesetz für die Wiederaufnahmeklagen nur darum nicht, weil es (aus rein terminologischem Grunde) diese Bezeichnung für solche Rechtsbehelfe vorbehalten will, welche sich gegen nicht rechtskräftige Entscheidungen richten und die Sache vor einen höheren Richter bringen.

Die Prozeßvollmacht erstreckt sich denn auch auf das Wiederaufnahmeverfahren. ZPO. § 81.

Die Einlegung der Klagen hindert nicht die Zwangsvollstreckung; s. jedoch ZPO. § 707. (Das Nähere in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.)

II. Beide Wiederaufnahmeklagen richten sich (vgl. oben § 79 VIII)

1. gegen rechtskräftige Endurteile, und solche Zwischenurteile, die in Hinsicht auf ihre Anfechtbarkeit den Endurteilen gleichgestellt sind. ZPO. § 578[1].

---

[1]) Komment. zu ZPO. § 578 ff. und Vorbemerk. Planck §§ 159 ff. Schmidt § 103. Schwalbach, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 122 ff.

[2]) Vgl. oben § 18 VI.

Das letztere[3]) folgt aus der Gleichheit des Grundes, da die Wiederaufnahmeklagen in demselben Sinne wie die Rechtsmittel die Anfechtung von Urteilen bezwecken.

a) Die Urteile können kontradiktorische oder Versäumnisurteile (vgl. auch ZPO. § 700) sein. Natürlich ist gegen letztere eine Restitutionsklage nach ZPO. § 580 Nr. 1, 2, 3, 6 nicht denkbar.

b) Wird durch den Anfechtungsgrund eine nicht selbständig anfechtbare Entscheidung betroffen, so kann er nur mittelbar, durch Anfechtung des Endurteils, geltend gemacht werden, sofern das Endurteil auf jener Entscheidung beruht, gleichviel übrigens, ob sie in derselben oder in einer unteren Instanz erlassen ist; ist sie aber in einer höheren Instanz erlassen, so kann nur das auf ihr beruhende Urteil der höheren Instanz (ZPO. §§ 538, 565) angefochten werden.

2. Beide Klagen gehen auf Wiederaufnahme des durch das angefochtene Urteil geschlossenen Verfahrens. ZPO. § 578[1].

3. Auch darin gleichen sie sich, daß, wenn sie auch an sich begründet sind und zur Wiederaufnahme des Verfahrens führen, dennoch das wieder aufgenommene Verfahren zu einer Bestätigung des angefochtenen Urteils führen kann.

Nach anderer Meinung[4]) soll die Restitutionsklage stets ein materiell unrichtiges Urteil voraussetzen; aber wenn auch z. B. das angefochtene Urteil auf einer gefälschten Urkunde beruht (ZPO. § 580 Nr. 2), so könnte sich doch zufolge anderer, neu aufgefundener, Beweismittel das Urteil als richtig darstellen.

4. Sie unterscheiden sich voneinander durch die Verschiedenartigkeit der Anfechtungsgründe, womit denn auch einzelne Verschiedenheiten ihrer prozessualen Behandlung zusammenhängen.

III. Die Nichtigkeitsgründe charakterisieren sich als prozessuale Verstöße, Verstöße gegen gewisse grundlegende Vorschriften des Verfahrens (wie sie auch nach ZPO. § 550 stets die Revision zu begründen geeignet sind).

Es sind ihrer vier (ZPO. § 579):

1. das erkennende Gericht war nicht vorschriftsmäßig besetzt;

2. ein gesetzlich ausgeschlossener Richter hat bei der Entscheidung mitgewirkt; doch kann auf diesen Umstand die Nichtigkeitsklage nicht mehr gegründet werden, wenn er schon vorher ohne Erfolg geltend gemacht worden ist, sei es durch ein Ablehnungsgesuch (oder auch nach ZPO. § 48), sei es durch ein Rechtsmittel;

3. ein mit Erfolg wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnter Richter hat bei der Entscheidung mitgewirkt;

4. eine Partei war in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze (nach den Bestimmungen über gesetzliche Vertretung und Vollmacht)[5])

---

[3]) Das ist ziemlich allgemein angenommen.

[4]) So Seuffert, Vorbemerk. 1.

[5]) Dieser Fall liegt z. B. auch vor, wenn ein Versäumnisurteil einem Rechtsanwalt zugestellt worden ist, der ohne Vollmacht im Prozeß als Vertreter des Nichtigkeitsklägers aufgetreten war. ERG. Bd. 38 Nr. 108.

vertreten; es sei denn, daß sie die Prozeßführung ausdrücklich oder still schweigend genehmigt hat. Vgl. dazu oben § 100 V.

In den Fällen Nr. 1 u. 3 ist jedoch die Nichtigkeitsklage ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit durch ein Rechtsmittel (nicht: wenn sie mittels Einspruches) geltend gemacht werden konnte.[6])

IV. Restitutionsgründe.

Die Restitutionsklage findet in folgenden Fällen statt:

1. wenn der Gegner (er selbst oder ein anderer für ihn, wie z. B. sein gesetzlicher Vertreter) sich durch Leistung eines Parteieides (eines zugeschobenen oder auferlegten, auch einer eidesstattlichen Versicherung, ZPO. § 294) einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht (StGB. §§ 153, 155, 156, 163) schuldig gemacht hat und auf dieser Eidesleistung das Urteil beruht;[7])

2. wenn eine Urkunde, auf welche das Urteil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war, gleichviel von wem (StGB. §§ 267, 269, 270, 271, 348);

3. wenn das Urteil auf einem beeidigten Zeugnis oder Gutachten beruht, und durch seine Beeidigung der Zeuge oder Sachverständige (also auch der Dolmetscher) sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat (StGB. §§ 154, 155, 163);

Das Zeugnis oder Gutachten muß ein beeidigtes sein. Eine Bestrafung unbeeidigter falscher Zeugnisse oder Gutachten kennt das StGB. nicht. Wer auf Beeidigung eines Zeugnisses oder Gutachtens verzichtet, begibt sich damit auch der Möglichkeit, eine Restitutionsklage auf Grund des § 580 Nr. 3 zu erheben.

4. wenn das Urteil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, die mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe (nicht einer bloßen Disziplinarstrafe) bedroht ist;

So durch Verleitung zu einem Falscheid, durch eine Nötigung z. B. zu einem Geständnis oder Verzicht, einen Betrug oder eine Erpressung, eine Untreue u. s. w., vgl. StGB. §§ 160, 240, 253, 263, 266.

5. wenn ein Richter bei dem Urteile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit eines Amtsdeliktes („einer Verletzung seiner Amtspflichten, die mit einer im Wege gerichtlichen Verfahrens zu verhängenden öffentlichen — nicht bloß disziplinären — Strafe bedroht ist") — StGB. §§ 334, 336, 339, 348 — gegen die Partei schuldig gemacht hat;

---

[6]) Und das trifft auch zu, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden von dem Nichtigkeitsgrunde keine Kenntnis hatte.

[7]) War also die Eidesleistung durch bedingtes Urteil angeordnet, so ist nicht dieses, sondern das Läuterungsurteil anzufechten. ERG. Bd. 10 Nr. 119, Bd. 30 Nr. 108.

Der Nachweis, daß die Handlung den Inhalt der Entscheidung beeinflußt habe, ist nicht erforderlich.

6. wenn das Urteil sich auf ein strafgerichtliches Urteil gründet,[8]) und dieses durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil (sei es im Wege eines Rechtsmittels, wenn es noch nicht rechtskräftig gewesen war, oder im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens) aufgehoben ist;

7. wenn die Partei

a) ein früher rechtskräftig gewordenes Urteil (auch ein ausländisches, wenn es im Inland wirksam ist) auffindet, das über denselben Klaganspruch oder über ein Rechtsverhältnis, von dem sein Bestehen oder Nichtbestehen abhängt, erlassen ist;

oder wenn sie b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in Stand gesetzt wird, durch die eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt werden würde (sei es durch die Urkunde allein oder in Verbindung mit früher vorgebrachten Beweismitteln).[9])

Ob die Tatsache, zu deren Beweis sie dient, schon in dem früheren Verfahren geltend gemacht war, ist gleichgültig.

Doch ist aus dem letzteren Grunde (unter b) die Wiederaufnahme dann nicht zulässig, wenn das angefochtene Urteil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Tatsache oder deren Gegenteil für bewiesen erachtet ist; in solchem Falle kann eine Wiederaufnahmeklage nur auf § 580 Nr. 1 gegründet werden.

Sofern sich aber die Restitutionsklage auf eine strafbare Handlung gründet, so kann doch die Feststellung derselben, der Regel nach, nicht im Wiederaufnahmeverfahren selbst, sondern nur im Wege eines Strafverfahrens stattfinden; durch diese Bestimmung werden widersprechende Ergebnisse des Wiederaufnahme- und des Strafverfahrens vermieden. Es ist also in den Fällen der Nr. 1—5 des § 580 die Restitutionsklage nur statthaft, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurteilung ergangen ist; es sei denn, daß die Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann: wegen eines Strafaufhebungsgrundes wie Tod, Verjährung, Begnadigung, oder wegen eines prozessualen Hindernisses, wie Abwesenheit oder nachträglich eingetretene Geisteskrankheit. ZPO. § 581[1].

V. Die Restitutionsklage ist subsidiärer Natur.

1. Sie ist nur zulässig, wenn der Restitutionskläger ohne sein

---

[8]) Vgl. oben § 73 III.

[9]) ERG. Bd. 7 Nr. 97. Es genügt nicht, daß die Urkunde in Verbindung mit neuen Beweismitteln eine günstigere Entscheidung herbeiführen würde (das folgt schon aus den Worten des Gesetzes „herbeigeführt haben würde"). ERG. Bd. 14 Nr. 90. Unbeschränkt aber ist der Beweis von Umständen, die sich auf die Urkunde selbst beziehen — nicht bloß der Beweis der Echtheit, sondern auch z. B. der der Ausstellungszeit der Urkunde. ERG. Bd. 16 Nr. 107.

Verschulden außer stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschlußberufung geltend zu machen.[10]) ZPO. § 582.

2. Werden Nichtigkeits- und Restitutionsklage, sei es von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien, erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen. ZPO. § 578.

VI. Die Nichtigkeitsklage entspricht der querela nullitatis insanabilis,[11]) die Restitutionsklage der restitutio in integrum contra rem iudicatum[12]) des gemeinen Rechtes. Das französische Recht kennt nur ein Mittel der Anfechtung rechtskräftiger Urteile: die requête civile; Code de procéd. civ. art. 480 ff.

VII. Ein im voraus erklärter Verzicht auf die Wiederaufnahmeklagen ist wirkungslos, denn er ist gegen die guten Sitten;[13]) wohl aber ist ein Verzicht zulässig, der nach Erlassung des Urteils und mit Bezug auf einen bekannten Wiederaufnahmegrund erklärt wird.

Das ergibt sich daraus, daß die Klagen nur innerhalb einer bestimmten Frist erhoben werden können, vgl. unten IX, und diese beliebig versäumt werden kann.

Auf die Rücknahme der Wiederaufnahmeklagen sind die für die Rechtsmittel geltenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden.

Das folgt aus dem oben (I) Bemerkten. Nach anderer Meinung sind die Vorschriften über Klagrücknahme maßgebend.

VIII. Da die Klagen die Wiederaufnahme des rechtskräftig geschlossenen Verfahrens bezwecken, so ist für sie im Prinzipe dasjenige Gericht zuständig, welches das angefochtene Urteil erlassen hat. Davon gibt es jedoch zwei Ausnahmen (ZPO. § 584[1]).

1. Wenn zugleich das Berufungsurteil und das Urteil erster Instanz angefochten wird, so ist für beide Klagen das Berufungsgericht zuständig.

Dieser Fall kann eintreten, wenn die Berufung als prozessualisch unzulässig[14]) verworfen oder die Sache vom Berufungsgericht in die erste Instanz zurückverwiesen war.

2. Wird das Urteil des Revisionsgerichtes angefochten, so ist das Berufungsgericht zuständig in denjenigen Fällen der Restitutionsklage, in welchen der Grund der Wiederaufnahme in dem tatsächlichen Fundamente der Entscheidung gelegen ist, und es daher einer erneuten tatsächlichen Prüfung bedarf, die dem Revisionsgericht entzogen ist; also in

---

[10]) Im Fall des § 580 Nr. 7 ZPO. kommt es darauf an, ob die Partei die Urkunde zu benutzen im stande war; das ist nicht der Fall, wenn sie deren Existenz zwar kannte, aber die Edition zu fordern nicht berechtigt war. ERG. Bd. 32 Nr. 93.

[11]) Wetzell § 60.

[12]) Wetzell § 53 S. 684 ff.

[13]) Kohler, Ges. Beiträge (Gruchot Bd. 31) S. 141 N. 24.

[14]) War die Berufung als unbegründet zurückgewiesen, so ist das Berufungsurteil das rechtskräftige Urteil, gegen welches sich die Wiederaufnahme zu richten hat, da in der Berufungsinstanz neuer Prozeßstoff zulässig ist (nicht so in der Revisionsinstanz). Vgl. ERG. Bd. 15 Nr. 106.

den Fällen Nr. 1—3, 6, 7 des § 580. Für die beiden übrigen Fälle der Restitutionsklage und für die Nichtigkeitsklage verbleibt es bei der Regel.

Die Zuständigkeit ist — ebenso wie bei den Rechtsmitteln — eine ausschließliche. ZPO. § 584[1].

§ 584[2] bezieht sich auf die Anfechtung von Vollstreckungsbefehlen (im Mahnverfahren), die Versäumnisendurteilen gleichgestellt (ZPO. § 700) und darum auch mit den Wiederaufnahmeklagen anfechtbar sind. Zuständig ist hier das Amtsgericht, das den Befehl erlassen; wenn aber der Anspruch die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreitet, das Gericht, das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständig ist. In demselben Sinne §§ 696, 697.

IX. Die Wiederaufnahmeklagen sind *zeitlich* nicht unbeschränkt, so wenig wie die Rechtsmittel. ZPO. § 586. Die Frist für ihre Erhebung beginnt aber erst mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde *Kenntnis* erlangt hat, und, wenn zu dieser Zeit das Urteil noch nicht rechtskräftig war, mit dem Tage der Rechtskraft des Urteiles. Die Frist ist eine Notfrist und beträgt einen Monat.

Außerdem ist den Klagen, wenn das Urteil rechtskräftig geworden ist, noch eine *absolute* zeitliche Grenze gesetzt: nach Ablauf von 5 Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urteiles an gerechnet, sind sie unstatthaft.

Eine *besondere* Bestimmung gilt hinsichtlich des Beginnes der Notfrist für die Nichtigkeitsklage wegen *mangelnder Vertretung*; die Frist für die Erhebung der Klage läuft in diesem Falle von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urteil zugestellt ist; weil damit überhaupt erst die Partei in Beziehung zum Prozesse gesetzt wird.

Es kann sein, daß die Zustellung an die Partei selbst oder ihren wahren gesetzlichen Vertreter früher erfolgt, als an den unbefugten Vertreter, also bevor das Urteil formell rechtskräftig geworden ist;[15]) dann beginnt die Frist für die Erhebung der Nichtigkeitsklage doch erst nach Eintritt der Rechtskraft (obwohl Abs. 3 den Abs. 2 für unanwendbar erklärt); denn gegen ein noch nicht rechtskräftiges Urteil ist eine Nichtigkeitsklage nicht statthaft. Nach der herrschenden Meinung beginnt hier die Frist für die Nichtigkeitsklage schon vor Rechtskraft des Urteils.[16])

X. Auf die *Erhebung* der Klagen und das *weitere Verfahren* finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung, welche für die Instanz gelten, in der die Klagen zu erheben sind, sofern nicht aus den besonderen Bestimmungen des Gesetzes sich Abweichungen ergeben. ZPO. § 585.

Die Abweichungen folgen aus der oben erörterten besonderen Natur der Klagen, daraus nämlich, daß sie auf Anfechtung eines Urteiles gerichtet sind, die Wiederaufnahme des Verfahrens innerhalb der durch den geltend gemachten Anfechtungsgrund gezogenen Grenzen bezwecken.

---

[15]) Es kann erst formell rechtskräftig werden, wenn es an den Unbefugten zugestellt ist, der im Prozeß als Vertreter behandelt worden war. ERG. Bd. 48 Nr. 108 (vgl. oben N. 5).

[16]) Vgl. darüber *Seuffert* Nr. 2 a zu § 586 und die hier angeführte Literatur.

1. Die *Klage* muß das angefochtene Urteil bezeichnen und die Erklärung enthalten, daß gegen dasselbe die Nichtigkeitsklage, oder daß die Restitutionsklage erhoben werde. ZPO. § 587.

Die Bezeichnung des Anfechtungs*grundes* gehört nicht zum wesentlichen Klaginhalte; er kann noch, aber muß auch in der mündlichen Verhandlung angegeben und kann im Laufe des Verfahrens geändert,[17]) nicht aber darf zwischen Nichtigkeits- und Restitutionsgründen gewechselt werden.

Die Klage *soll* zugleich vorbereitender Schriftsatz sein. ZPO. § 588.

Als solcher soll sie enthalten:

1. die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes;

2. die Angabe der Beweismittel für die den Anfechtungsgrund bildenden Tatsachen;

3. die Angabe der Beweismittel für die Tatsachen, welche die Einhaltung der Notfrist ergeben;

4. die (den Rechtsmittelanträgen entsprechende) Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urteils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.

Dem Schriftsatze, durch welchen die Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf die sie gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen; sind sie nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, welchen Antrag er wegen ihrer Herbeischaffung zu stellen beabsichtige; vgl. ZPO. §§ 421, 424, 426,[18]) 428, 432.

2. Wie bei den Rechtsmitteln ist *von Amts wegen* zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei; beim Mangel eines dieser Erfordernisse ist die Klage als unzulässig zu verwerfen. ZPO. § 589[1]. Insbesondere also (vgl. oben § 82 III 1) können die Tatsachen, welche die Wiederaufnahme begründen sollen, nicht durch Geständnis und nicht im Wege der Eideszuschiebung festgestellt werden. Vgl. ZPO. § 581[2].

Zu erweisen ist auch vom Kläger, daß ihm (ZPO. § 582) die Geltendmachung des Restitutionsgrundes in dem früheren Verfahren ohne sein Verschulden unmöglich war.

Die Tatsachen, welche die Einhaltung der Notfrist ergeben, sind glaubhaft zu machen. § 589[2].

3. Das Verfahren zerfällt, logisch betrachtet, in *zwei Teile*, in die *Wiederaufnahmeverhandlung* und in die *wieder aufgenommene Verhandlung*; genauer gesagt: 1) die Verhandlung darüber, ob die Wiederaufnahmeklage prozessualisch zulässig und ob sie begründet sei; und eventuell sodann — für den Fall nämlich, daß diese beiden Fragen in bejahendem Sinne zu entscheiden sind — 2) die Verhandlung über die Hauptsache, d. h. die Neuverhandlung des durch das angefochtene Urteil entschiedenen Rechtsstreites; und zwar wird der Rechtsstreit insoweit und nur insoweit von neuem verhandelt, als er von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist; der nicht betroffene Teil bleibt in Geltung. ZPO. § 590[1].

[17]) ERG. Bd. 14 Nr. 90.

[18]) Vgl. dazu ERG. Bd. 16 Nr. 98.

In Geltung bleiben also insbesondere Geständnisse, Beweisaufnahmen, Zwischenurteile, die dem von dem Wiederaufnahmegrund nicht betroffenen Teile des Rechtsstreites angehören. Betrifft der Wiederaufnahmegrund den ganzen Rechtsstreit, so ist der ganze Rechtsstreit von neuem zu verhandeln, und betrifft er auch die Klage selbst (sie ist z. B. an einen nicht zur Vertretung Befugten zugestellt), so ist sie wie angebracht abzuweisen. — Betrifft der Wiederaufnahmegrund nur ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel, so ist auch nur über dieses von neuem zu verhandeln. *Soweit* der Rechtsstreit aber von neuem verhandelt wird, sind die Parteien völlig frei, können neue Tatsachen und neue Beweismittel vorbringen;[19]) völlig frei ist auch das Gericht, es ist nicht an seine frühere Beweiswürdigung und nicht an seine frühere rechtliche Beurteilung gebunden.

Wiederaufnahmeverhandlung und wiederaufgenommene Verhandlung sind in der Regel miteinander *verbunden*. Das Gericht kann aber anordnen, daß über Zulässigkeit und Grund der Wiederaufnahme zuerst zu verhandeln und (durch Zwischenurteil) zu entscheiden sei. In diesem Falle ist die wiederaufgenommene Verhandlung als Fortsetzung dieser Verhandlung anzusehen. ZPO. § 590[2].

Man vergleicht gewöhnlich das Verhältnis mit dem des iudicium rescindens und rescissorium bei der restitutio in integrum. Aber die Sachlage ist im wesentlichen dieselbe, wenn die Berufung oder Revision auf einen prozessualen Grund gestützt ist und zu einer anderweiten Verhandlung des Rechtsstreites führt.

4. Dem für die Klagen zuständigen Revisionsgericht fällt auch die Feststellung und Würdigung bestrittener Tatsachen zu, wenn davon die Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme abhängig ist. ZPO. § 590[3].

5. Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit der Klage befaßten Instanz stattfinden. ZPO. § 591.

XI. Die Zurückweisung einer Klage steht ihrer wiederholten Erhebung aus einem anderen Wiederaufnahmegrunde nicht entgegen; denn die Entscheidung beschränkt sich auf den *geltend gemachten* Wiederaufnahmegrund.

XII. Ein Anspruch auf Erstattung des auf Grund des aufgehobenen Urteils Geleisteten kann nur im Wege förmlicher Klage (oder Widerklage) geltend gemacht werden.

---

[19]) Anderer Meinung *Seuffert* Nr. 2 d zu § 590.

Achtes Buch.

Interessenmehrheit bei einheitlichem Verfahren.

1. Kapitel.

Klagenhäufung.

§ 103.

Übersicht.

I. In einem einheitlichen Verfahren können mehrere Ansprüche, zu gemeinschaftlicher Verhandlung und Entscheidung, miteinander verbunden sein. Und zwar sind folgende Kombinationen möglich:

1. ein Kläger macht mehrere Ansprüche gegen denselben Beklagten geltend;

2. ein Kläger klagt gegen mehrere Beklagte, oder es klagen mehrere Kläger gegen denselben Beklagten, oder mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte;

3. der Beklagte erhebt einen Gegenanspruch gegen den Kläger.

II. Die Verbindung der mehreren Ansprüche aber kann auf zweierlei Weise zu stande kommen. Sie kann

1. durch die Art der Klagerhebung bewirkt oder

2. erst nachträglich durch Beschluß des Gerichtes hergestellt werden.

1) Es können mit einer formell einheitlichen Klage mehrere Ansprüche geltend gemacht oder es kann im Laufe eines Rechtsstreites vom Beklagten gegen die Kläger eine „Widerklage" erhoben werden. Man redet in solchem Falle von Klagenhäufung (Klagenkumulation) und unterscheidet subjektive und objektive Klagenhäufung; als subjektive bezeichnet man die Fälle unter I 2., als objektive die Fälle unter I 1. und 3. Objektive Klagenhäufung ist also die Verbindung mehrerer Ansprüche, die unter denselben Parteien erhoben sind (bei der Widerklage in umgekehrter Parteirolle); subjektive Klagenhäufung ist die Verbindung von Ansprüchen mehrerer Anspruchsberechtigten oder gegen mehrere Anspruchsverpflichtete. Die mehreren Anspruchsberechtigten oder Anspruchsverpflichteten, die durch die formell einheitliche Klage in derselben Parteistellung miteinander verbunden sind, die mehreren Kläger oder Beklagten des einheitlichen Verfahrens, nennt man Streitgenossen.

2) Es können durch Gerichtsbeschluß mehrere bei demselben Gerichte durch selbständige Klagen anhängig gemachte Prozesse nachträg-

lich zu gemeinschaftlicher Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden werden (ZPO. § 147).

III. Eine jede Klagenhäufung setzt voraus, daß für die verbundenen Ansprüche das Prozeßgericht gemeinsam zuständig ist; ferner, daß sie alle in derselben Prozeßart erhoben sind und daß auch diese Prozeßart für alle zulässig ist.

Mit einziger Ausnahme des Falles unter I 1. (Verbindung mehrerer Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten) ist die Zulässigkeit der Klagenhäufung weiter dadurch bedingt, daß zwischen den verbundenen Ansprüchen ein gewisser (noch im einzelnen zu erörternder) Zusammenhang besteht.

§ 104.

Verbindung mehrerer Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten.[1])

I. Mehrere Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten können zusammen in einer Klage geltend gemacht werden, wie verschieden sie auch sein mögen; ein Zusammenhang ist nicht erforderlich. ZPO. § 260.

II. Gewiß aber kann ein solcher bestehen.

Insbesondere ist es möglich, daß die verbundenen Ansprüche in einem Abhängigkeitsverhältnisse stehen, derart, daß nur wenn der eine besteht, auch der andere bestehen kann. Man redet dann wohl von „sukzessiver" Klagenhäufung.

Z. B. mit der Klage auf Feststellung des Erbrechts wird die Klage auf Herausgabe von Nachlaßgegenständen verbunden, mit der Klage auf Feststellung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen, mit der Klage auf Rechnungslegung die Klage auf Zahlung des nach der Rechnung Geschuldeten, mit der Schuldklage die Klage aus der Hypothek, mit der Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit die Klage auf Löschung einer Hypothek, s. ZPO. §§ 25, 254.

Der bedingte Anspruch kann selbstverständlich nur dann für begründet erkannt werden, wenn der bedingende Anspruch für begründet erkannt ist oder gleichzeitig für begründet erkannt wird; dagegen kann es sein, daß der bedingende Anspruch begründet und doch der bedingte unbegründet ist, daher denn auch der bedingte vor dem bedingenden abgewiesen werden kann.

III.[2]) Es ist aber auch möglich, daß nur wenn der eine Anspruch nicht besteht, der andere bestehen kann, daß also nur für den Fall, daß der eine Anspruch sich als unbegründet erweisen sollte, der andere An-

[1]) Komment. zu ZPO. § 260. Schmidt § 152. Bolgiano, Z. Bd. 23 S. 428 ff.

[2]) Eccius, Gruchot Bd. 33 S. 139 ff. Lämmert, Z. Bd. 16 S. 428 ff. Petersen, daselbst S. 493 ff. Hellwig, Anspruch § 15.

spruch geltend gemacht wird; die Klagenhäufung ist dann eine „*eventuelle*".

Es kann sein, daß die eventualverbundenen Ansprüche *auf demselben* Klaggrunde beruhen; z. B. mit dem Anspruch auf die ursprüngliche Leistung wird zugleich eventuell eine Interesseforderung geltend gemacht; mit dem Antrag auf Verurteilung zu sofortiger verbindet sich eventuell ein Antrag auf Verurteilung zu künftiger Zahlung (ZPO. §§ 257 ff.). Möglich ist es aber auch, daß die mehreren Ansprüche aus verschiedenartigen, miteinander unvereinbaren[3]) Klaggründen abgeleitet sind; z. B. in erster Linie wird aus einem Vertrag, eventuell aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung geklagt.

1. *Stets* setzt die eventuelle Klagenhäufung voraus, daß die verbundenen Ansprüche in solchem logischen Verhältnis zueinander stehen, daß sich der Eventualanspruch *von selbst* erledigt, wenn sich der primäre Anspruch *als begründet* erweist, so daß sich die Bedingung, unter welcher der Eventualanspruch erhoben ist, zur Zeit des Urteils notwendig entschieden haben muß.

2. Eben weil der Eventualanspruch nur bedingungsweise erhoben ist, braucht nicht ausdrücklich über ihn entschieden zu werden, wenn der primäre Anspruch als begründet erkannt ist.

Die Folgen der *Rechtshängigkeit* treten allerdings auch für den Eventualanspruch schon mit der Klagerhebung ein.

Denn sie setzen nur voraus, daß der Anspruch gerichtlich geltend gemacht ist, wenngleich in bedingter Weise.

Nach anderer Auffassung[4]) ist auch der Eventualanspruch unbedingt erhoben; nur daß über ihn erst entschieden werden soll, nachdem der primäre Anspruch abgewiesen ist; aber das ist gerade bedingte Geltendmachung, da der Klage der Antrag auf Entscheidung wesentlich ist.

3. Bei eventueller Klagenhäufung ist allerdings über mehrere Ansprüche die Entscheidung des Gerichtes begehrt, aber es ist doch jederzeit nur das Bestehen *eines* Anspruches behauptet; der Kläger hat nicht verschiedene Zwecke, er hat nur *einen* Zweck im Auge, den er auf verschiedenem Wege, mit verschiedener Begründung, erst auf die eine, eventuell auf die andere Weise, erreichen will.[5]) Darum redet in solchem Falle das Gesetz (vom *materiellrechtlichen* Standpunkte allerdings ungenau) von *einem* Anspruche mit mehreren Klaggründen; es ist über die verschiedenen Klaggründe nur *Zwischenurteil* und nur *Beschränkung* der Verhandlung (§§ 303, 146), nicht ist — wie über verschiedene *nebeneinander* geltend gemachte Ansprüche — *Teilurteil* und *Teilung* des Prozesses (ZPO. §§ 301, 145) möglich.

---

[3]) Nicht begründete Bedenken dagegen bei *Pfizer*, Z. Bd. 21 S. 380 ff. Vgl. H. *Meyer*, Z. Bd. 23 S. 32 ff.

[4]) So *Struckmann-Koch* zu § 260 Nr. 7.

[5]) Man kann darum bezweifeln, ob es ganz korrekt sei, hier von Klagen*häufung* zu reden. *Petersen* a. a. O. S. 496.

Letzteres ist bestritten.[6]) Aus der selbständigen Anfechtbarkeit des Teilurteils könnten sich leicht prozessuale Verwicklungen ergeben; wie, wenn das Teilurteil, das den primären Anspruch für unbegründet erkennt, aufgehoben würde, nachdem schon über den eventuellen entschieden ist? Bezüglich der Prozeßkosten gilt denn auch, wenn der primäre Anspruch für unbegründet erkannt wird, nicht ZPO. § 92 sondern § 96; nicht ist der Kläger teilweise unterlegen, sondern ein Angriffsmittel ist ohne Erfolg geblieben.

Sofern die Zuständigkeit des Gerichtes durch den Klaggrund bedingt ist, kann das Gericht über den eventuellen Klaggrund nur entscheiden, wenn es auch bezüglich dieses Klaggrundes zuständig ist (s. oben § 103 III).[7])

4. Zu einer Entscheidung über den Eventualanspruch kommt es nach dem Gesagten nur, wenn der primäre Anspruch schon abgewiesen ist oder gleichzeitig abgewiesen wird.

IV. Nach § 232 (jetzt 260) Abs. 2 der alten ZPO. war es unzulässig die Besitzklage und die Klage zur Geltendmachung des Rechtes selbst (possessorium und petitorium) miteinander zu verbinden; diese Bestimmung ist durch die Novelle beseitigt.

§ 105.

Streitgenossenschaft.[1])

I. Subjektive Klagenhäufung, Streitgenossenschaft, ist nur zulässig, wenn die verbundenen Ansprüche in einem bestimmten Verhältnis zueinander stehen. Sie ist zulässig:

1. wenn die mehreren Kläger oder Beklagten in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben Rechtsgrunde (aus demselben Tatbestand und unter demselben rechtlichen Gesichtspunkt) berechtigt oder verpflichtet sind. ZPO. § 59.

Darunter fallen Miteigentum, alle Gemeinschaftsverhältnisse zur gesamten Hand, Ansprüche aus einem gemeinschaftlichen Vertrag, Gesamtschuldverhältnisse aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung (BGB. §§ 421 ff., 840), Verhältnis von Hauptschuldner und Bürgen (BGB. §§ 765 ff.).

2. Es genügt aber auch, wenn die mehreren Ansprüche, die den Gegenstand des Rechtsstreites bilden, gleichartig sind und auf im wesentlichen gleichartigen Rechtsgründen beruhen, d. h. auf tatsächlichen und

---

[6]) Hellwig a. a. O.

[7]) Ist z. B. eine Klage aus unerlaubter Handlung bei dem Gericht erhoben, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist (ZPO. § 32), so ist darum noch nicht dieses Gericht auch zuständig, über einen eventuell geltend gemachten anderen Klaggrund (Vertrag, ungerechtfertigte Bereicherung) zu entscheiden. ERG. Bd. 27 Nr. 101.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 59 ff. Schmidt § 156. v. Amelungen, Die sogen. notwendige Streitgenossenschaft (1881). Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft (1884). Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis § 26. Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft (1889). Dreyer, Gruchot Bd. 38 S. 16 ff. Hellmann, Z. Bd. 17 S. 1 ff. Hangen, Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft (1895). Kisch, Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft (1899). Freymuth, Z. Bd. 28 S. 41 ff. — Aus der gemeinrechtlichen Literatur besonders noch Planck, Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht (1844) §§ 16 ff., §§ 49 ff.

rechtlichen Gründen, die so viel *besondere* Merkmale miteinander gemein haben, daß ihre Verbindung zu gemeinschaftlicher Verhandlung und Entscheidung zweckmäßig erscheint. ZPO. § 60.

Z. B. es wird von dem Verkäufer eines parzellierten Grundstückes gegen die Käufer der Parzellen, von dem Vermieter eines Hauses gegen die mehreren Mieter, von einer Versicherungsgesellschaft gegen mehrere Versicherte aus gleichlautenden Vertragsbestimmungen, oder es wird aus gleichartigen zu Gunsten desselben Grundstückes bestehenden Reallasten gegen die mehreren Verpflichteten geklagt; es klagen mehrere an demselben Grundstück Hypothekenberechtigte wegen einer ihre Sicherheit gefährdenden Verschlechterung des Grundstückes, BGB. § 1134; es werden gleichartige Rechtsgeschäfte als für die Gläubiger benachteiligend angefochten u. s. w.

Die Fälle unter 2. werden mitunter als „uneigentliche Streitgenossenschaft" bezeichnet. — Es handelt sich aber dabei nur um einen Unterschied in den Voraussetzungen, nicht um verschiedene Arten der Streitgenossenschaft.

II. In der *Regel* steht es im Belieben des Klägers, ob er die mehreren Anspruchsverpflichteten gemeinsam oder in gesonderten Klagen belangen, und steht es im Belieben der mehreren Anspruchsberechtigten, ob sie einzeln oder gemeinschaftlich klagen wollen. Der Zusammenhang der Ansprüche mehrerer Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete kann aber ein so enger sein, daß eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung notwendig ist. Danach unterscheidet man *gewillkürte* (fakultative) und *notwendige* (besondere) *Streitgenossenschaft*.

Die Streitgenossenschaft kann darum notwendig sein, weil nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses nur eine einheitliche Entscheidung gegenüber allen Beteiligten möglich ist, oder ihre Notwendigkeit kann sich aus einem sonstigen Grunde ergeben.

In welchen Fällen sie nun aber notwendig, und aus welchem Grunde sie notwendig sei, ist *zumeist* zweifelhaft und sehr bestritten.

1. *Sicher* ist sie dann eine notwendige, wenn die Streitgenossen in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis in einer *Gemeinschaft zur gesamten Hand* stehen, *und* das Urteil nur der ganzen Gemeinschaft gegenüber wirksam werden kann, während doch nicht die Gemeinschaft als solche Partei ist, sondern die einzelnen Gemeinschafter als Streitgenossen klagen oder verklagt werden müssen.

Das trifft zu für die vertragsmäßige Gesellschaft des BGB. (§§ 718, 719, in Bezug auf Ansprüche für und gegen das Gesellschaftsvermögen); es trifft ebenso zu für die offene Handelsgesellschaft, *sofern* man die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen und nicht die offene Handelsgesellschaft als Partei ansehen will, vgl. oben § 23 II 3; ferner für das Verhältnis der Ehegatten nach der Beendigung und vor der Auseinandersetzung der ehelichen Vermögensgemeinschaft (allgemeine Güter- oder Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft, BGB. §§ 1472, 1546, 1549), für das analoge Verhältnis der Teilhaber einer fortgesetzten Gütergemeinschaft von deren Beendigung bis zu ihrer Auseinandersetzung (BGB. §§ 1487, 1557), vgl. ZPO. §§ 743, 745; es trifft endlich auch zu für Ansprüche gegen mehrere Miterben als solche bei ungeteiltem Nachlaß (BGB. § 2040, vgl. § 2038), wogegen ein zum Nachlaß gehöriger Anspruch von jedem Miterben allein geltend gemacht werden kann; nur daß er auf Leistung an alle Erben zu richten ist, BGB. § 2039.

2. In Prozessen, in denen es sich um die *Auflösung* einer *Gemeinschaft*,

die Zugehörigkeit zu einer solchen, die Ausschließung eines einzelnen Gemeinschafters handelt, ist einheitliche Entscheidung gegenüber sämtlichen Gemeinschaftern notwendig, sofern das Gemeinschaftsverhältnis jedes einzelnen Gemeinschafters nur entweder zu allen übrigen Gemeinschaftern oder gar nicht bestehen oder fortbestehen kann; das gilt namentlich für die offene Handelsgesellschaft, HGB. § 133, vgl. § 140.

3. Wird vom Staatsanwalt oder einem dritten die Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe erhoben, so ist sie gegen beide Ehegatten als notwendige Streitgenossen zu richten (§ 632[2]), da die Ehe nur für beide Ehegatten gültig oder nichtig sein kann.

4. Im Prozeß über Anfechtung oder Wiederaufhebung eines Entmündigungsbeschlusses hat derjenige, der auf Grund des § 646 den Entmündigungsantrag gestellt hat, wenn er beitritt, die Stellung eines notwendigen Streitgenossen, ist es aber nicht, da sich die Klage nicht gegen ihn richtet, §§ 666[3], 679[4].

5. Mehrere Gesamtschuldner können einzeln auf die ganze Leistung verklagt werden, mehrere Gesamtgläubiger einzeln auf die ganze Leistung klagen, und ein rechtskräftiges Urteil wirkt nur für und gegen denjenigen Gesamtschuldner oder Gesamtgläubiger, dem gegenüber es ergangen ist, BGB. §§ 421, 425, 428, 429. Klagen also die mehreren Gesamtgläubiger zusammen oder werden die mehreren Gesamtschuldner zusammen verklagt, so sind sie nicht notwendige Streitgenossen.

Wenn mehrere eine unteilbare Leistung schulden, so sind sie Gesamtschuldner, und haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so sind sie entweder Gesamtgläubiger oder es ist jeder Gläubiger einzeln berechtigt, Leistung an alle zu verlangen, BGB. §§ 431, 432. — Die Unteilbarkeit des Anspruches bedingt hienach keine notwendige Streitgenossenschaft; sie schließt nicht aus, daß doch jeder Berechtigte einzeln ein Urteil erwirke, das allen Berechtigten zu gute kommt.

6. Dies gilt auch hinsichtlich einer Grunddienstbarkeit, die zu Gunsten eines Grundstückes besteht, welches mehreren Miteigentümern gehört; ist auch die Grunddienstbarkeit unteilbar (BGB. §§ 1025, 1026), so kann sie doch jeder Miteigentümer einzeln geltend machen und sein Sieg nützt auch den übrigen. Konsequenterweise muß es zulässig sein, eine Grunddienstbarkeit auch nur gegen einen von mehreren Miteigentümern des belasteten Grundstückes geltend zu machen; freilich nützt der bloß gegen einen Miteigentümer errungene Sieg dem Kläger nichts, wenn nicht — was ja aber sehr wohl möglich ist — die anderen Miteigentümer sein Recht freiwillig anerkennen. (Die herrschende Meinung nimmt hier, im Anschluß an die gemeinrechtliche Jurisprudenz, notwendige Streitgenossenschaft der Miteigentümer an; als Fall der notwendigen Streitgenossenschaft betrachtete die gemeinrechtliche Jurisprudenz auch die unteilbare Obligation bei Mehrheit der Gläubiger oder Schuldner.)

7. Es folgt weiter: wenn ein Recht nur von mehreren Beteiligten oder gegenüber mehreren Beteiligten gemeinsam ausgeübt werden kann, so muß es darum doch nicht von allen Beteiligten oder gegen alle Beteiligte gemeinsam geltend gemacht werden; haben vielmehr die Beteiligten einmal ihren übereinstimmenden Willen in bindender Weise erklärt oder ist eine übereinstimmende Willenserklärung gegenüber allen Beteiligten in bindender Weise erfolgt, so kann nun jeder Beteiligte auch einzeln klagen, und jeder Beteiligte einzeln verklagt werden (ganz so wie es bei mehreren Gläubigern oder Schuldnern einer unteilbaren Forderung der Fall ist); so verhält es sich mit dem Rücktrittsrecht (BGB. § 356) und ähnlichen Fällen: BGB. §§ 467, 502, 513; vgl. auch BGB. §§ 1066, 1082, 1258[2] u. s. w. (Die herrschende Meinung nimmt hier überall notwendige Streitgenossenschaft an.)

8. Wenn die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung davon abhängt, daß ein Teil zur Leistung, ein anderer (der Nießbraucher eines Vermögens, der Ehemann bezüglich des eingebrachten Gutes, der Testamentsvollstrecker, dem nur die Verwaltung

einzelner Nachlaßgegenstände zusteht, ZPO. §§ 737, 739, 748[3]) zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, so kann doch jeder für sich allein verklagt werden und ist keine einheitliche Entscheidung notwendig. (Es kann z. B., wenn nur der eine Teil auf Grund seines Anerkenntnisses zur Leistung verurteilt ist, die Entscheidung vollwirksam werden, wenn das Recht des anderen Teiles erloschen ist; es kann ein Teil sich vertragsmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen, § 794 Nr. 5, so daß eine Klage gegen ihn nicht bloß unveranlaßt, sondern unbegründet wäre.) Allerdings ist, wenn die Klage auf Leistung abgewiesen wird, die noch anhängige Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gleichfalls abzuweisen, weil damit feststeht, daß es zu einer Zwangsvollstreckung überhaupt nicht kommen kann. (Auch in diesen Fällen wird von einzelnen Schriftstellern notwendige Streitgenossenschaft angenommen).

9. Sehr streitig[3]) ist auch, ob, wenn im Konkurs einer angemeldeten Forderung mehrere widersprochen haben (mehrere Konkursgläubiger oder Konkursverwalter und Konkursgläubiger, KO. § 146), diese sämtlich als notwendige Streitgenossen beklagt werden müssen (konsequenterweise also auch als notwendige Streitgenossen klagen müßten, wenn der Widerspruch von ihnen zu verfolgen ist, KO. § 146[6]). Die wohl herrschende Meinung nimmt es an. Aber die Entscheidung über den Widerspruch hängt von dem Grunde des Widerspruches ab, und da der Grund des Widerspruches ein verschiedener sein kann, so muß auch die Entscheidung keine einheitliche sein. KO. § 147 steht dieser Auffassung nicht entgegen; er besagt nur, daß ein erfolgreicher Widerspruch allen Konkursgläubigern zu gute komme.

10. Ob die Streitgenossenschaft eine gewillkürte oder notwendige ist, hängt — das ist die Annahme, von der im vorstehenden ausgegangen ist — lediglich vom Inhalt der Klage ab; nach anderer Meinung[3]) ist bei einem Teil der aufgeführten Fälle dann eine einheitliche Entscheidung notwendig, wenn die Prozeßlage für alle Streitgenossen die gleiche sei. Aber sind getrennte Prozesse möglich, so ist nicht anzunehmen, daß ihre zufällige Verbindung eine einheitliche Entscheidung notwendig mache.

Einer einheitlichen Entscheidung gegenüber sämtlichen Streitgenossen bedarf es bei der Hauptintervention, ZPO. § 64, der sogen. Exekutionsintervention, ZPO. § 771, und in den gleichfalls dem Gebiete der Zwangsvollstreckung angehörigen Fällen der §§ 805[2], 856[2 4] ZPO.; sie wird hier aber nicht durch die Natur des streitigen Zivilrechtsverhältnisses, sondern durch den besonderen prozessualen Zweck der Klage gefordert. Alle diese Fälle sind streitig und später noch einzeln zu erörtern.

III. Eine Streitgenossenschaft entsteht selbstverständlich auch, wenn eine Mehrheit von Rechtsnachfolgern (s. oben § 91 I) in den Rechtsstreit eintritt. Ob sie eine notwendige ist oder nicht, bestimmt sich nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses und des Verhältnisses der Rechtsnachfolger zu einander.

Die Streitgenossenschaft kann anderseits auch durch Rechtsnachfolge endigen, indem ein Streitgenosse Rechtsnachfolger des anderen Streitgenossen (denkbarer Weise auch dadurch, daß er Rechtsnachfolger des Gegners) wird.

IV. Das Verhältnis der Streitgenossen.

A. Die Streitgenossen sind Parteien eines und desselben Rechtsstreites, eines Rechtsstreites, der durch ein und dieselbe Klage eingeleitet und darum ein formell einheitlicher ist.

---

[3]) S. darüber L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht § 44 Nr. 1 (S. 269 f.).

[3]) Von Seuffert vertreten. — Daß, wenn Aussteller und Akzeptant eines Wechsels zusammen verklagt sind, sie dadurch nicht zu notwendigen Streitgenossen werden, daß sie sich der gleichen Verteidigungsmittel bedienen, ist gewiß; so ERG. Bd. 48 Nr. 46.

1. Ein und derselbe Prozeßakt, insbesondere ein und dieselbe Beweisaufnahme kann die gemeinsame Grundlage der Entscheidung gegenüber allen Streitgenossen werden; und darin besteht gerade ein Hauptvorzug der Streitgenossenschaft, daß sie eine gemeinschaftliche Entscheidung gegenüber allen Streitgenossen ermöglicht, daß sie so geeignet ist, einander widersprechende Entscheidungen zu verhüten.

Ein richterlicher Eid insbesondere kann nach Ermessen des Gerichtes allen Streitgenossen oder nur einigen oder nur einem von ihnen auferlegt werden.[4]) ZPO. § 476. Die zu beschwörende Tatsache gilt nur dann als festgestellt, wenn der Eid von allen denen geleistet ist, denen er auferlegt worden; ist er auch nur von einem derselben verweigert oder als verweigert anzusehen, so gilt das Gegenteil der zu beschwörenden Tatsache als festgestellt.[5])

Nach anderer Meinung[6]) ist im letzteren Falle § 472² ZPO. entsprechend anzuwenden; aber durch die Auferlegung des Eides an mehrere hat das Gericht bereits in bindender Weise die Feststellung der Tatsache vom Eide sämtlicher Schwurpflichtigen abhängig gemacht; selbstverständlich kann auch etwas anderes bestimmt, insbesondere der Eid mehreren Streitgenossen alternativ auferlegt sein.

2. Jeder Streitgenosse kann selbständig alle Parteibefugnisse ausüben. Insbesondere steht das Recht zur Betreibung des Prozesses jedem Streitgenossen zu. Die Betreibung muß aber in solcher Weise erfolgen, daß die Verbindung der Streitgenossen, die Gemeinsamkeit des Verfahrens erhalten bleibt: nicht nur muß der Gegner, wenn er lädt, sämtliche Streitgenossen laden, sondern auch jeder Streitgenosse muß, wenn er den Gegner lädt, zugleich alle übrigen Streitgenossen laden. ZPO. § 63.

Sind nicht alle Streitgenossen geladen, so ist die Ladung mangelhaft, und es kann, wenn ein Streitgenosse oder wenn der Gegner säumig ist, Versäumnisurteil nicht ergehen ZPO. § 335 Nr. 2; nur daß (nach allgemeinem Grundsatz, vgl. oben § 84 III 4) die betreibende Partei selbst die mangelhafte Ladung gegen sich gelten lassen muß.

3. Die Streitgenossen müssen nicht, aber können einen gemeinsamen Vertreter (namentlich einen gemeinsamen Prozeßbevollmächtigten oder einen gemeinsamen Zustellungsbevollmächtigten) haben.

Für die Zustellung an den gemeinsamen Vertreter genügt die Übergabe einer Ausfertigung oder Abschrift; dem gemeinsamen Zustellungsbevollmäch-

---

[4]) Und zwar wird durch die Auferlegung eines richterlichen Eides, wenn auch nur an einen Teil der Streitgenossen, eine Eideszuschiebung — auch an die übrigen Streitgenossen — hinfällig. ERG. Bd. 12 Nr. 3. Vgl. oben § 44a VIII. — Stirbt einer der Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung, so können jetzt nach ZPO. §§ 471, 477 in Hinsicht auf die fragliche Tatsache beide Parteien wieder alle ihre Rechte geltend machen. Es kann nun aber nachträglich das Gericht, in freier Beweiswürdigung, die von dem anderen Streitgenossen bereits beschworene Tatsache als wahr annehmen. ERG. Bd. 32 Nr. 120.

[5]) S.A. Bd. 47 Nr. 241 (Bayr. ob. Landesgericht).

[6]) So Planck § 128 N. 14. Reincke, Komment. zu §§ 496 f. Nr. 1 b.

tigten sind so viel Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Streitgenossen vorhanden sind, ZPO. § 189, vgl. oben § 71 III, IV 3.

B. Das unter A. Gesagte gilt für alle Fälle der Streitgenossenschaft. Im übrigen aber ist die prozessuale Stellung der Streitgenossen verschieden, je nachdem die Streitgenossenschaft eine gewillkürte oder eine notwendige ist.

1. Bei der gewillkürten Streitgenossenschaft sind die von den mehreren Streitgenossen oder gegen sie gemeinsam erhobenen Ansprüche voneinander unabhängig. Die Entscheidung kann daher gegenüber den einzelnen Streitgenossen verschieden ausfallen; der Streitstoff kann, aber muß nicht für alle gemeinsam sein; sie können sich verschiedener Angriffs- und Verteidigungsmittel bedienen; die Handlungen und Unterlassungen eines Streitgenossen nützen und schaden den übrigen nichts;[7]) die Streitgenossen bilden keine Gemeinschaft, sie „stehen dem Gegner als einzelne gegenüber". ZPO. § 61.

Insbesondere kann dem einen Streitgenossen gegenüber ein kontradiktorisches Urteil, dem anderen gegenüber ein Versäumnisurteil ergehen. Anerkenntnis, Verzicht, gerichtliche Geständnisse, Eideserklärungen eines Streitgenossen sind für die übrigen nicht bindend; allerdings können sie unter Umständen, nach freier richterlicher Würdigung, als Beweismomente auch den übrigen Streitgenossen gegenüber von Bedeutung werden.

Die Prozeßhandlung eines Streitgenossen kann aber zugleich materielle Wirksamkeit haben, und diese materielle Wirksamkeit kann sich auch auf die übrigen Streitgenossen erstrecken; so, wenn ein Gesamtschuldner im Prozeß mit einer ihm zustehenden Gegenforderung aufrechnet. BGB. § 422.

Darauf lassen sich auch die Worte des § 61 beziehen: „soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts sich ein anderes ergibt", die im übrigen auf die notwendige Streitgenossenschaft hinweisen.

Ist der Rechtsstreit nur gegenüber einem Streitgenossen zur Endentscheidung reif, so ist dieselbe in Gestalt eines Teilurteiles zu erlassen. ZPO. § 301.

Ein Teilurteil ist die Entscheidung, weil sie nur einen Teil der formell einheitlichen Klage erledigt; vgl. unten V.

Auch hier kann das Gericht von der Erlassung eines Teilurteiles absehen, wenn sie ihm nach Lage der Sache nicht angemessen erscheint, ZPO. § 301[2]; sie kann aber verlangt werden auf Grund eines Anerkenntnisses (ZPO. § 307, vgl. § 353[2]) und ebenso im Fall totaler Versäumnis eines Streitgenossen. Vgl. oben § 54 III.

2. Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist stets eine einheit-

[7]) Insbesondere kommt das von dem einen eingelegte Rechtsmittel nicht dem anderen zu gute; daher ist auch eine Anschlußberufung dem Streitgenossen gegenüber nicht möglich, der die Berufung nicht eingelegt hat. ERG. Bd. 46 Nr. 123.

liche Entscheidung erforderlich und muß daher auch die Urteilsgrundlage eine einheitliche sein. Der Gegner muß, um zu siegen, alle Streitgenossen überwinden, er unterliegt gegen alle, wenn er gegen einen unterliegt.

a) Daraus folgt, daß, wenn die Prozeßhandlungen der Streitgenossen, insbesondere ihre tatsächlichen Behauptungen oder ihre Erklärungen auf die tatsächlichen Behauptungen des Gegners, nicht miteinander übereinstimmen, nur diejenige zur Geltung kommt, welche die den Streitgenossen vorteilhafteste Entscheidung bedingt.

Denn wohl kann ein Streitgenosse die gemeinsame Rechtslage verbessern, nicht aber sie verschlechtern, so wenig durch prozessuale wie durch außerprozessuale Handlungen. Ist also z. B. eine Tatsache von einem Streitgenossen bestritten, von dem anderen zugestanden, so ist sie beweisbedürftig.

Insbesondere kommt die Handlung eines Streitgenossen, durch die ein Termin oder eine Frist (z. B. eine Rechtsmittelfrist) gewahrt wird, auch dem säumigen Streitgenossen zu gute, und in dem weiteren Verfahren ist der säumige Streitgenosse wieder zuzuziehen. Es kann also kein Versäumnisurteil ergehen, wenn im Termin zur mündlichen Verhandlung auch nur ein Streitgenosse verhandelt; die Verhandlung des erschienenen Streitgenossen wird alsdann zur Urteilsgrundlage auch gegenüber dem säumigen. Der Effekt ist insofern der gleiche, als ob der säumige Streitgenosse durch den nichtsäumigen vertreten wäre. ZPO. § 62. Aber die nachteiligen Erklärungen des nichtsäumigen Streitgenossen schaden dem säumigen nicht unmittelbar, sondern nur durch das Medium des einheitlichen Urteils, dem sie zu Grunde liegen. Wenn daher in der mündlichen Verhandlung der erschienene Streitgenosse eine Tatsache zugestanden hat, so kann sie der säumige Streitgenosse doch nachträglich noch wirksam bestreiten, falls er in einem späteren Verhandlungstermine wieder auftritt.[8])

Die herrschende Meinung nimmt allerdings an, daß die Erklärungen des nichtsäumigen Streitgenossen, auch die nachteiligen, für den säumigen schlechthin bindend seien.[9]) Dafür scheint der Wortlaut des Gesetzes zu sprechen; aber das Gesetz stellt eine Fiktion auf und es ist Frage der Auslegung, wie weit sie reiche; die Auslegung, wonach die Handlungen des Nichtsäumigen den Säumigen ganz so binden sollen, als ob er wirklich durch den Nichtsäumigen vertreten wäre, geht über den Zweck der Bestimmung hinaus; die einschränkende Auslegung wird auch durch die Vorgeschichte des § 62 bestätigt; er schließt sich inhaltlich an den Art. 153 des Code de proc. civ. und die

[8]) In diesem Sinne Seuffert, Hachenburg a. a. O. S. 10 ff., S. 28 ff. Dagegen besonders Kisch a. a. O. S. 28 ff. — Selbstverständlich ist von dem hier eingenommenen Standpunkte, daß der erschienene Streitgenosse mit Wirksamkeit gegenüber dem nicht erschienenen weder eine Klagänderung vornehmen noch in eine Klagänderung willigen kann.

[9]) Unter den Anhängern dieser Meinung ist wiederum streitig, ob auch ein Anerkenntnis des erschienenen Streitgenossen, sein Verzicht, ein von ihm abgeschlossener Vergleich den abwesenden schlechthin binde. S. die Literaturzusammenstellung bei Gaupp-Stein zu § 62 III Note 28.

Hannövrische ZPO. § 372 an, wo nur von der Wirksamkeit des Urteils gegenüber sämtlichen Streitgenossen die Rede ist.

Der Beginn einer Frist kann sich übrigens für die einzelnen Streitgenossen verschieden bestimmen, insbesondere wird durch die an einen oder durch einen der Streitgenossen bewirkte Urteilszustellung die Rechtsmittelfrist nur für ihn, nicht auch für die anderen Streitgenossen eröffnet und kann jeder Streitgenosse selbständig innerhalb der für ihn laufenden Frist das Rechtsmittel einlegen.[10])

Ob der von einem Streitgenossen in Abwesenheit der übrigen geschlossene Prozeßvergleich auch die abwesenden binde, beurteilt sich lediglich nach dem zivilrechtlichen Verhältnis, in welchem sie zueinander stehen.

b) In allen Fällen notwendiger Streitgenossenschaft bedarf es einer einheitlichen Entscheidung, und überall, wo es einer einheitlichen Entscheidung bedarf, ist die Streitgenossenschaft eine notwendige. Das liegt in dem Begriffe der notwendigen Streitgenossenschaft; denn die Notwendigkeit einer einheitlichen Klage läßt sich nicht anders als aus der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung begründen.

Das Gesetz unterscheidet nur, ob die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft auf der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses oder auf einem sonstigen Grunde beruht. — Bei einem Teil der oben aufgeführten zweifelhaften Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft ist es weiterhin zweifelhaft und streitig, ob sie zu der einen oder der anderen Kategorie zu rechnen seien.

Daß bei notwendiger Streitgenossenschaft ein Teilurteil nur gegenüber einem der Streitgenossen unmöglich ist, versteht sich nach dem Gesagten von selbst.

c) Eine besondere Bestimmung trifft hinsichtlich des zugeschobenen Eides der § 472 ZPO. für diejenigen Fälle notwendiger Streitgenossenschaft, in denen das streitige Rechtsverhältnis seiner Natur nach nur einheitlich gegenüber allen Streitgenossen festgestellt werden kann.

Nur auf diese Fälle bezieht sie sich ihrem Wortlaute nach, wie sie denn auch für die anderen Fälle ungeeignet sein würde.

---

[10]) ERG. Bd. 48 Nr. 98 (Vereinigte Zivilsenate) vgl. Bd. 49 Nr. 112. Eine andere Frage ist es, welchen Erfolg das nur von einem oder gegen einen Streitgenossen eingelegte Rechtsmittel habe. Aus der hier vertretenen Auffassung folgt, daß in jedem Falle, auch wenn das Rechtsmittel nur von einem Streitgenossen eingelegt ist, doch an der Rechtsmittelinstanz sämtliche Streitgenossen beteiligt sind, und der Erfolg des Rechtsmittels sämtlichen Streitgenossen zu gute kommt. Ebenso kommt es allen Streitgenossen zu gute, wenn eine dem Gegner nachteilige Entscheidung auch nur einem Streitgenossen gegenüber formell rechtskräftig geworden ist.

Hat allerdings ein Streitgenosse auf das Rechtsmittel verzichtet (oder, was dem gleichsteht, das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen), so kann er die Entscheidung nicht mehr anfechten; aber trotzdem bleibt er auch in diesem Fall an der Rechtsmittelinstanz, wenn er auch nicht mehr handelnd darin auftreten kann, als Partei beteiligt, so daß auch ihm gegenüber noch dem Gegner eine Anschlußberufung oder Anschlußrevision möglich ist; so auch ERG. Bd. 38 Nr. 117.

Das alles ist sehr fragwürdig — das Gesetz ist in mehr als einer Hinsicht unvollkommen; s. auch ERG. Bd. 48 S. 418 II.

Speziell über Rücknahme eines nur von einem der notwendigen Streitgenossen eingelegten Rechtsmittels Freymuth a. a. O. — Die Komment. teils zu ZPO. § 62 teils zu § 516.

Danach bedarf es zur Zuschiebung wie zur Zurückschiebung des Eides über eine für die einheitliche Entscheidung relevante Tatsache der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen und kann der Eid nur allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, mit Ausnahme nur derjenigen, an welche die Zuschiebung oder Zurückschiebung unzulässig ist. Über die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen zu erklären, denen der Eid zugeschoben ist; dagegen bedarf es zur Zurückschiebung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen, auch derjenigen, denen der Eid nicht zugeschoben werden durfte.[11])

Ist nun der Eid auch nur von einem Teile der Streitgenossen verweigert, so müßten an sich die Folgen der Eidesweigerung gegenüber allen Streitgenossen eintreten; es würde also ein einzelner Streitgenosse durch seine Eidesweigerung die Prozeßlage aller Streitgenossen verschlechtern können. Das Gesetz trifft hier indes folgende Auskunft.

Ist der Eid nur von einem Teile der Streitgenossen verweigert oder als verweigert anzusehen (sei es nur von einem Teil der schwurpflichtigen Streitgenossen oder von sämtlichen Schwurpflichtigen, wenn nur ein Teil der Streitgenossen schwurpflichtig ist), so treten die regulären, formalen, Folgen der Eidesweigerung nicht ein; vielmehr unterliegt der Umstand, daß ein Teil der Streitgenossen den Eid geweigert hat oder als eidesweigernd anzusehen ist, der freien richterlichen Beweiswürdigung: das Gericht entscheidet nach freier Überzeugung, ob die unter Eid gestellte Tatsache für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

Es ist denn auch, damit vergebliche Eide vermieden werden, von vornherein die Eidesleistung nicht anzuordnen, wenn bereits einzelne Streitgenossen erklärt haben, daß sie den Eid nicht leisten würden und das Gericht der Eidesleistung der übrigen allein doch keine Bedeutung beimessen will.

Diese Bestimmungen gelten entsprechend auch für den Editionseid. ZPO. § 426[3].

V. Ist ein Anspruch, der mehreren gemeinsam zusteht oder der gegen mehrere gemeinsam gerichtet ist, nur von einem oder gegen einen geltend gemacht, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen.

Es fehlt dann an der Sachlegitimation. Ungenau redete man in der gemeinrechtlichen Theorie von einer „exceptio plurium litisconsortium".[12]) Ein prozessuales Mittel, die Streitgenossenschaft zu erzwingen, gibt es nicht.

VI. Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist das Verfahren ein einheitliches, wie die Entscheidung eine einheitliche ist. Es ist aber

[11]) Solange der Eid noch nicht von allen Schwurpflichtigen geleistet ist, kann immer noch der Gegner die Eideszuschiebung zurücknehmen und andere Beweise antreten. ERG. Bd. 41 Nr. 109.

[12]) Wetzell § 63 bei Note 33.

ein einheitliches auch bei der gewillkürten Streitgenossenschaft, denn es beruht auf einheitlicher Klage; und damit stimmt es auch überein, wenn das Gesetz die Entscheidung, die nur einem der Streitgenossen gegenüber ergeht, als Teilurteil bezeichnet. ZPO. § 301.

Nur auf diese Weise sind die oben entwickelten Sätze zu erklären (insbesondere über das Betreibungsrecht, über den richterlichen Eid). Wenn man sagt, daß im Falle der Streitgenossenschaft mehrere an sich selbständige Prozesse zu einem „nur formell" einheitlichen Verfahren verbunden seien,[12]) so ist das zum mindesten ungenau; die Form ist eben dem Prozesse wesentlich, und es ist eine unbewiesene Annahme, daß jedem Anspruch ein gesonderter Prozeß entsprechen müsse. Vgl. auch unten § 107 IV 2.

§ 106.

Besondere Zuständigkeitsregeln.

I. Für die Geltendmachung mehrerer Ansprüche in einer gemeinsamen Klage (für die Streitgenossenschaft, wie für die Verbindung mehrerer Ansprüche desselben Klägers gegen denselben Beklagten) gelten einige besondere Zuständigkeitsregeln; sie dienen zum Teil dazu, die Klagenhäufung auch in Fällen zu ermöglichen, in denen für die einzelnen der verbundenen Ansprüche ein gemeinschaftlich zuständiges Gericht an sich nicht gegeben sein würde.

1. Sachliche Zuständigkeit.[1])

Mehrere in derselben Klage verbundene Ansprüche werden, insofern vom Werte des Streitgegenstandes die sachliche Zuständigkeit abhängt, zusammengerechnet. ZPO. § 5.

Es können also beim Landgericht verbunden mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, die einzeln zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehören würden. Eine Zusammenrechnung findet aber nicht statt, insofern für einen der verbundenen Ansprüche das Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig ist.

Bei eventueller Klagenhäufung (s. oben § 104 III) kommt es zunächst auf den primären Anspruch an; über den eventuellen kann jedenfalls nur entschieden werden, wenn auch für ihn das Prozeßgericht zuständig ist. Stehen die Ansprüche im Präjudizialitätsverhältnis oder ist ein akzessorischer Anspruch mit dem prinzipalen zusammen geltend gemacht[2]) (sukzessive Klagenhäufung s. oben § 104 II), so ist der höherwertige Anspruch maßgebend, vgl. auch ZPO. § 5; bezüglich der Nebenforderungen s. ZPO. § 4 (vgl. oben § 28 II).

Wenn mehrere Personen als Gesamtgläubiger klagen oder als Gesamtschuldner verklagt sind, so bildet die Gesamtverbindlichkeit den Streitgegenstand und kommt also eine Zusammenrechnung nicht in Frage.

---

[12]) Und das ist die herrschende Lehre.

[1]) Komment. teils zu § 5 teils zu § 260 ZPO. Wach § 31 V.

[2]) Hauptforderung und Forderung gegen den Bürgen.

2. Örtliche Zuständigkeit.

Für die sämtlichen verbundenen Ansprüche muß beim Prozeßgericht ein gemeinsamer, sei es ein allgemeiner oder ein besonderer, Gerichtsstand begründet sein.

Vgl. oben § 103 III, § 104 III 3.

a) Wenn mehrere Personen als Streitgenossen beklagt werden sollen, und an sich weder ein gemeinschaftlicher allgemeiner noch ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand begründet ist, so ist auf Antrag durch gerichtliche Anordnung ein gemeinschaftlich zuständiges Gericht zu bestimmen; die Anordnung ist von dem Gerichte zu treffen, das den verschiedenen Gerichten, bei denen die zu verklagenden Personen ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, zunächst übergeordnet ist. ZPO. § 36 Nr. 3; vgl. § 37. (S. auch oben § 79 bei Note 2).

b) Die Bestimmung des § 25 ZPO. macht es möglich, mit Ansprüchen, die nur in dem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstande erhoben werden können, gewisse andere zusammenhängende Ansprüche zu verbinden.

Ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand ist für Wechselklagen in ZPO. § 603[2] bestimmt.

S. auch das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 Art. 53 hinsichtlich der Rückgriffsklagen gegen mehrere Eisenbahngesellschaften.[a])

c) Eine gemeinsame Zuständigkeit kann selbstverständlich auch durch Prorogation (soweit eine solche zulässig) hergestellt werden.

II. Ein und dasselbe Gericht muß für die verbundenen Ansprüche zuständig sein; es kommt nichts darauf an, ob sie einzeln auch, nach der bestehenden Geschäftsverteilung, vor dieselbe Kammer gehören würden. Doch ist eine Verbindung ausgeschlossen, wenn ein Anspruch nur vor der Zivilkammer, der andere nur vor der Kammer für Handelssachen verhandelt werden kann.

§ 107.

Widerklage.[1])

Widerklage ist eine Klage, die im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites vom Beklagten gegen den Kläger erhoben wird. ZPO. § 33.

I. Zulässigkeit.

1. Eine Widerklage ist nur zulässig wegen eines Anspruchs („Gegen-

[a]) Reichsgesetzblatt von 1892 S. 830: „Für alle Rückgriffsansprüche ist der Richter des Wohnsitzes der Bahn, gegen welche der Rückgriff erhoben wird, ausschließlich zuständig. — Ist die Klage gegen mehrere Bahnen erhoben, so steht der klagenden Bahn die Wahl unter den nach Maßgabe des ersten Absatzes dieses Artikels zuständigen Richtern zu."

[1]) Komment. zu ZPO. § 33. Wach § 40. Planck § 19. Schmidt § 154. Löning, Z. Bd. 4 S. 1 ff. (auch Separatabdruck: Die Widerklage im RZP. 1882). Kleinfeller, Gerichtsstand der Widerklage (1882).

anſpruchs"), der in Zuſammenhang ſteht entweder a) mit dem in der Klage („der Hauptklage") geltend gemachten Anſpruch oder b) mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln.[2])

a) Ein Zuſammenhang iſt vorhanden, wenn dem Gegenanſpruch weſentliche tatſächliche Vorausſetzungen mit dem Klaganſpruch oder mit den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln gemeinſam ſind.

Es muß alſo Tatſachen geben, die ſowohl zu den weſentlichen Vorausſetzungen des Gegenanſpruches wie des Klaganſpruches oder den dagegen vorgebrachten Verteidigungsmitteln gehören.

b) Der Zuſammenhang muß ein juriſtiſch weſentlicher, ein rechtlicher Zuſammenhang (ebenſo wie in ZPO. § 147) ſein.[3])

Ein Zuſammenhang mit dem Klaganſpruch iſt insbeſondere dann gegeben, wenn Klaganſpruch und Gegenanſpruch aus demſelben Rechtsverhältnis hergeleitet ſind (z. B. Klage auf Lieferung der Ware, oder auf Wandelung, Widerklage auf Zahlung des Kaufpreiſes); es genügt aber auch jeder andere juriſtiſch weſentliche Zuſammenhang der Tatbeſtände.[4])

Speziell über die Inzidentfeſtſtellungswiderklage ſ. unten § 109.

c) Das Verteidigungsmittel, mit dem der Gegenanſpruch in Zuſammenhang ſteht, kann eine Einwendung ſein (beiſpielsweiſe kann auch in Zuſammenhang mit einem Aufrechnungseinwand die Gegenforderung zu ihrem überſchießenden Betrage durch Widerklage geltend gemacht werden), insbeſondere eine Einrede (beiſpielsweiſe ein Zurückbehaltungsrecht), aber auch eine abweichende Sachdarſtellung.

Z. B. gegenüber einer Klage auf Zahlung eines Kaufpreiſes behauptet der Beklagte, die Sache ſei ihm nicht verkauft, ſondern zu Pfand gegeben und macht durch Widerklage die Forderung geltend, für die ihm das Pfand beſtellt worden ſei; ein unmittelbarer Zuſammenhang mit dem Klaganſpruch ließe ſich hier nur in ſehr gezwungener Weiſe konſtruieren.

Das Verteidigungsmittel muß ein in prozeſſualiſch zuläſſiger Weiſe vorgebrachtes (darf z. B. nicht ein auf Grund des § 279 ZPO. zurückgewieſenes oder nach § 354 ZPO. ausgeſchloſſenes), es muß aber auch ein nach materiellem Recht erhebliches ſein[5]) (insbeſondere kann gegenüber einer Beſitzklage nicht eine Widerklage in Zuſammenhang mit einer petitoriſchen Einrede, vgl. BGB. § 863, erhoben werden).[6])

---

[2]) Ein Zuſammenhang mit dieſen iſt ſelbſtverſtändlich nur von Bedeutung, wenn nicht ſchon ein Zuſammenhang mit dem Klaganſpruch beſteht.

[3]) Vgl. darüber ERG. Bd. 11 Nr. 113.

[4]) Ein Beiſpiel ſ. in ERG. Bd. 25 Nr. 91.

[5]) So die herrſchende Meinung; ſ. auch ERG. Bd. 23 Nr. 94. Dagegen namentlich Wach a. a. O. Note 33.

[6]) Nach § 864² BGB. kann ſich der Beklagte auf die rechtskräftige Feſtſtellung ſeines Rechtes berufen; das Recht ſoll alſo auch in dieſem Fall nicht zum Gegenſtand der Verhandlung und Entſcheidung werden, daher kann auch hier keine Widerklage im Zuſammenhang mit ihm erhoben werden. Umgekehrt wird aus § 864² gefolgert, daß unbeſchränkt jetzt im Beſitzprozeß eine Widerklage aus dem Recht ſtatthaft ſei, von Haverkamp in der Zeitſchr. „Das Recht" Bd. 5 S. 617.

Nach gemeinem Rechte[7]) war die Zulässigkeit einer Widerklage nicht durch einen Zusammenhang mit der Streitsache bedingt; wer einen anderen belangt, muß sich von diesem bei demselben Gerichte wegen jedes Anspruches belangen lassen, für den das Gericht nicht sachlich unzuständig ist. Der Grund für eine so weitgehende Zulassung der Widerklage lag in der mangelhaft entwickelten Rechtshilfe.

2. Der Gegenanspruch muß ein eigener Anspruch des Beklagten und muß ein gegen den Kläger gerichteter Anspruch sein.

Es kann also nicht mittels Widerklage ein Anspruch gegen den Zedenten des Klägers und nicht vertretungsweise der Anspruch eines anderen (z. B. auch nicht ein Anspruch des ursprünglichen Schuldners im Fall einer Schuldübernahme) geltend gemacht werden.

3. Eine Widerklage ist nur zulässig im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites.

Sie ist also nicht zulässig in einem Mahnverfahren, auch nicht in einem Arrestverfahren; denn sie fallen nicht unter den Begriff des Rechtsstreites.

a) Wird die Klage als prozessualisch unstatthaft abgewiesen, so fällt damit auch die Widerklage.[8])

b) Ist die Klage rechtswirksam zurückgenommen, so kann auch keine Widerklage mehr erhoben werden (wenn auch noch auf Antrag — ZPO. § 271[3] — über die Prozeßkosten zu entscheiden ist).[9]) Die einmal rechtswirksam erhobene Widerklage aber wird durch eine nachträgliche Klagrücknahme nicht berührt.

Sehr bestritten! Nach anderer Ansicht wird durch die Klagrücknahme die Widerklage stets hinfällig, nach einer Mittelmeinung bleibt sie bestehen, wenn für den Gegenanspruch das Prozeßgericht ohnedies zuständig wäre oder wenn es besonders vereinbart wird. — Allerdings hat die Zurücknahme der Klage die Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist, ZPO. § 271[3], aber anderseits wird die Zuständigkeit des Prozeßgerichts durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt, ZPO. § 263 Nr. 2, und eine solche Veränderung ist die Zurücknahme der Klage, durch deren Erhebung der Gerichtsstand der Widerklage begründet wurde.[10]) — Übrigens wird nur selten eine Widerklage vor mündlicher Verhandlung des Beklagten über den Klaganspruch erhoben werden und wird es bei dem dann erforderlichen Einverständnis (ZPO. § 271[1]) nur selten an einer Verabredung über die Widerklage fehlen.

c) Widerklage kann erhoben werden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, ZPO. § 278[1] (vgl. § 280), auch noch in der Berufungsinstanz, hier aber nur mit Einwilligung des Gegners, ZPO. § 529[2].

---

[7]) Wetzell § 41 V 2 (S. 507 ff.). Vgl. auch die historische Bemerk. bei Wach a. a. O. Note 20.

[8]) Das ist fast allgemein angenommen. Die Hauptklage gehört zu den prozessualischen Voraussetzungen der Widerklage; ist sie unwirksam, so ist es auch die Widerklage. Dagegen Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 109.

[9]) ERG. Bd. 22 Nr. 86, Bd. 34 Nr. 94.

[10]) Die Zulässigkeit der Widerklage ist keine Folge der Rechtshängigkeit als solcher; darum schadet es nicht, daß durch die Klagrücknahme die Rechtshängigkeit mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird. Dagegen Wach a. a. O. S. 478.

Allgemeines Einverständnis besteht darüber, daß § 278[1] insofern ungenau gefaßt ist, als die Widerklage eben eine Klage und nicht ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel ist, daher auch auf sie § 279 keine Anwendung leidet.

d) Weil aber die Widerklage gleichfalls eine Klage ist, so ist wiederum ihr gegenüber eine neue Widerklage von seiten des Klägers und Widerbeklagten möglich.

Nach anderer Meinung soll auch jetzt noch der von der gemeinrechtlichen Jurisprudenz aufgestellte Satz gelten: reconventio reconventionis non datur;[11]) aber von diesem Satz machte man eine Ausnahme gerade für die konnexe Widerklage.[12])

4. Zuständigkeit.

a) Sachliche.

1) Bei der Wertsberechnung für die sachliche Zuständigkeit wird der Gegenstand der Klage mit dem der Widerklage nicht zusammengerechnet, ZPO. § 5.

2) In einem beim Landgericht anhängigen Rechtsstreite kann eine Widerklage auch wegen eines Anspruches erhoben werden, der an sich zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehören würde. Wird dagegen im amtsgerichtlichen Verfahren durch Widerklage ein Anspruch geltend gemacht, der zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehört, so hat auf Antrag einer Partei (sei es des Klägers oder des Beklagten) das Amtsgericht sich durch Beschluß für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen. ZPO. § 506[2].

Der Antrag ist nur vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache zulässig, es sei denn, daß für den Gegenanspruch die amtsgerichtliche Zuständigkeit auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können (ZPO. § 40[3]). Würde in solchem Fall ein Verweisungsantrag nicht gestellt, so wäre die Widerklage als unstatthaft abzuweisen.

3) Der ganze Rechtsstreit gehört vor die Zivilkammer und nicht vor die Kammer für Handelssachen, wenn nur die Klage oder nur die Widerklage vor die Zivilkammer gehört.

Es ist auf Antrag des Gegners von der Kammer für Handelssachen der bei ihr anhängige Rechtsstreit an die Zivilkammer zu verweisen, wenn die erhobene Widerklage nicht vor die Kammer für Handelssachen gehört. Auch von Amts wegen kann die Kammer für Handelssachen den Rechtsstreit vor die Zivilkammer verweisen, wenn die Widerklage nicht vor sie gehört; s. darüber GVG. §§ 103—107.

b) Gerichtsstand.

In örtlicher Hinsicht ist das Gericht der Hauptklage für die Widerklage auch dann zuständig, wenn an sich für den Gegenstand der Widerklage ein Gerichtsstand bei diesem Gericht nicht begründet sein würde; es besteht für die Widerklage ein besonderer Gerichtsstand beim Gericht der Hauptklage, § 33. Jedoch versagt dieser besondere Gerichts-

[11]) Dagegen besonders Löning § 22 (S. 79 ff.). Wach § 40 IV 3 (S. 485 f.).
[12]) Wetzell § 63 bei Note 92.

stand, wenn die Zuständigkeit dieses Gerichtes für die Klage wegen des Gegenanspruches auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können (§ 40[2]); in solchem Falle ist also, auch von Amts wegen, die Widerklage als unstatthaft abzuweisen. ZPO. § 33[2].

Stets aber ist die Zulässigkeit der Widerklage durch den oben bezeichneten Zusammenhang bedingt; § 33 normiert nicht bloß den Gerichtsstand, sondern überhaupt die Zulässigkeit der Widerklage. (So die herrschende Auffassung. Nach anderer Meinung[13]) bedarf es eines Zusammenhanges nicht, wenn für den Gegenstand der Widerklage das Gericht schon an sich zuständig wäre.)

Ein Mangel in den Voraussetzungen der Widerklage ist indes heilbar[14]) nach ZPO. § 295. Vgl. oben § 84 IV.

5. Die Widerklage muß in derselben Prozeßart wie die Hauptklage erhoben und diese Prozeßart muß für sie zulässig sein (vgl. oben § 103 III).

Besondere Beschränkungen s. noch in ZPO. §§ 595[1], 615[2], 633[3], 640[2], 641[3], 667[2], 679[4], 684, 686[4].

II. Erhoben wird die Widerklage nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern (nach der allgemeinen Regel des § 281 ZPO.) durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung.

Dazu genügt nicht die Stellung des Antrages, sondern es muß auch der Grund der Klage vorgetragen sein. Wird also nach Stellung des Widerklageantrages, aber vor seiner Begründung, die Hauptklage zurückgenommen, so ist die Widerklage noch nicht erhoben und kann nun auch nicht mehr erhoben werden, sollte sie auch schon durch vorbereitenden Schriftsatz angekündigt sein.[15])

Erst mit dem Vortrag in der mündlichen Verhandlung treten denn auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit (die prozessualen wie die zivilrechtlichen, insbesondere auch die Unterbrechung der Verjährung) ein.

Die Widerklage kann aber auch in Abwesenheit des Klägers erhoben werden, da auch die Versäumnisverhandlung eine „mündliche Verhandlung" ist.

So die in der Praxis herrschende, jedoch bestrittene, Ansicht.[16]) Nach anderer Meinung kann in Abwesenheit des Gegners die Widerklage nicht erhoben werden, weil

---

[13]) Besonders von Löning vertreten. S. die Literaturzusammenstellung in ERG. Bd. 46 Nr. 127 (S. 426). Die in diesem Urteil gefällte Entscheidung, daß eine Widerklage auch ohne die im § 33 ZPO. aufgestellten Voraussetzungen zulässig sei, wenn die Voraussetzungen eines prorogierten Gerichtsstandes gegeben seien, rechtfertigt sich schon unter dem Gesichtspunkte des § 295[1] ZPO.

[14]) So auch Kohler, Ges. Beiträge S. 76 N. 5. Die Komment. sind geteilter Meinung. Vgl. die Note 13.

[15]) S. oben Note 9. — Aus der eigentümlichen Natur des Verteilungsverfahrens (s. ZPO. § 880), wonach, wenn ein Widerspruch gegen den Verteilungsplan für unbegründet erkannt wird, die Klage nicht schlechthin abzuweisen, sondern eine positive Bestimmung über die Auszahlung der Masse zu treffen ist, folgert ERG. Bd. 51 Nr. 74, daß hier in einem Abweisungsantrag zugleich eine Widerklage gelegen sei (iudicium duplex).

[16]) S. ERG. Bd. 28 Nr. 97 und die hier in den Noten (S. 408 und 409) gegebenen Nachweisungen.

dann ihr Vortrag sie nicht zur Kenntnis des Gegners bringen würde; das ist indes kein wesentliches Erfordernis der Klagerhebung. Ein Versäumnisurteil kann freilich nicht gegen den abwesenden Widerbeklagten erlassen werden, wenn nicht die Widerklage gehörig mittels Schriftsatzes vorbereitet, ZPO. § 335, 2, oder schon in einem früheren Termin erhoben war. Vgl. oben § 93 IV 5.

Unstatthaft ist eine bedingte Widerklage, insbesondere auch die Erhebung einer Widerklage unter der Bedingung, daß dem primären Antrag des Beklagten, die Hauptklage (als unbegründet) abzuweisen, nicht entsprochen werden würde.[17])

III. Durch die Erhebung der Widerklage wird der Beklagte zugleich zum Kläger (Widerkläger), der Kläger zugleich zum Beklagten (Widerbeklagten). Die Befugnis aber zur Erhebung der Widerklage beruht auf der Stellung des Beklagten im anhängigen Rechtsstreite; daher kann ein Verein, der nicht klagen aber verklagt werden kann, doch als Beklagter eine Widerklage erheben. ZPO. § 50[3].

IV. Durch die Erhebung der Widerklage wächst dem anhängigen Rechtsstreit ein neuer Streitgegenstand hinzu; über Klage und Widerklage wird, im einheitlichen Verfahren, gemeinschaftlich verhandelt.

Die Einheitlichkeit des Verfahrens zeigt sich besonders im Falle totaler Versäumnis; s. unten Nr. 2.

Ist aber nur die Klage oder nur die Widerklage zur Endentscheidung reif, so ist diese in Gestalt eines Teilurteils zu erlassen, falls nicht das Gericht es nach Lage der Sache für unangemessen erachtet. ZPO. § 301.

Die Vorschriften über das Versäumnisverfahren sind auf das Verfahren über die Widerklage entsprechend anzuwenden. ZPO. § 347[1].

1. Wenn also ein Termin nur zur Verhandlung über die Widerklage bestimmt ist, so beschränkt sich das Versäumnisurteil auf die Widerklage.

So, wenn schon die Klage durch Teilurteil erledigt ist oder das Gericht getrennte Prozeßverhandlung angeordnet hat, ZPO. § 147.

2. Es ergeht aber kontradiktorisches Urteil auch über die Widerklage, wenn der Termin zur gemeinsamen Verhandlung über Klage und Widerklage bestimmt ist und der Kläger über die Klage, wenn auch nicht über die Widerklage, verhandelt.

Das wird fast allgemein angenommen und erklärt sich daraus, daß das Verfahren über Klage und Widerklage ein einheitliches ist; sonst müßte in solchem Falle Versäumnisurteil über die Widerklage ergehen.

---

[17]) S. darüber ERG. Bd. 40 Nr. 90.

§ 108.

Trennung verbundener, Verbindung getrennter Sachen.[1])

I. Abgesehen von der notwendigen Streitgenossenschaft (vgl. oben § 104 II) beruht die Klagenverbindung durchweg auf Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit. Sie erspart Zeit, Mühe und Kosten; auch können durch die gemeinsame Verhandlung und Entscheidung einander widersprechende Urteile verhütet werden.

II. Eben darum *kann* aber auch aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit, durch Gerichtsbeschluß, die Verbindung aufgehoben werden; das Gericht kann (auf Grund mündlicher Verhandlung) anordnen, daß die verbundenen Ansprüche in *getrennten* Prozessen verhandelt werden. ZPO. § 145[1] [2].

Dazu kann Veranlassung sein, wenn der gemeinsame Prozeßstoff schon durchverhandelt ist, so daß weiterhin die gemeinsame Verhandlung keinen Nutzen mehr bringen würde; oder wenn der Prozeßstoff verwickelt ist und die gemeinsame Verhandlung die Übersicht und also die Leitung der Verhandlung und die Entscheidung zu sehr erschwert.

1. Eine Trennung ist jedoch naturgemäß ausgeschlossen bei *notwendiger* Streitgenossenschaft und ist auch unstatthaft, wenn der Widerklageanspruch in rechtlichem Zusammenhang mit dem *Klaganspruch* steht. ZPO. § 145[2].

2. Die Trennung *muß* verfügt werden, wenn die Verbindung *unzulässig* ist. Die Unzulässigkeit der Verbindung führt anderseits auch an sich nur zur Trennung und nicht zur Abweisung der verbundenen Klagen. Wohl aber kann, wenn die Verbindung unzulässig ist, sich nun aus *anderem* prozessualem Grunde die Klage als unstatthaft darstellen.

Es kann sein, daß das Gericht sich nun als (sachlich oder örtlich) unzuständig für einzelne der Klagen oder sogar für alle erweist, während es für die verbundenen Klagen zuständig sein würde (z. B. das Landgericht ist nur bei Zusammenrechnung der verbundenen Ansprüche zuständig, oder für den Gegenanspruch ist bei diesem Gerichte nur der Gerichtsstand der Widerklage begründet); auch kann es sein, daß es (bei bloß mündlich erhobener Widerklage) an der für die gesonderte Klage erforderlichen Form mangelt.

Von Amts wegen ist die Zulässigkeit der Verbindung aber nicht zu prüfen; denn dem Interesse der Rechtspflege kann unter allen Umständen durch Trennungsbeschluß genügt werden.[2])

3. Ist die Trennung erfolgt, so ist es nun für das weitere Verfahren ebenso, als ob von vornherein gesonderte Klagen erhoben worden wären.

---

[1]) Komment. zu §§ 145, 150. Vgl. die Literaturangaben zu den vorhergehenden §§ 104 ff. — Hübler, Die Trennungsbefugnis des Zivilrichters (1902). Katz, Z. Bd. 28 S. 63 ff. (zu ZPO. § 147).

[2]) Vgl. auch oben § 107 bei N. 13, 14.

III. Anderseits kann das Gericht die Verbindung mehrerer durch gesonderte Klagen bei ihm anhängig gemachter Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die mehreren Klaganſprüche verbunden in einer Klage (desselben Klägers gegen denselben Beklagten oder in einer Klage mehrerer Streitgenossen oder gegen mehrere Streitgenossen) hätten geltend gemacht werden können oder wenn sie in rechtlichem Zusammenhange miteinander stehen, namentlich in einem solchen, der es gestattet hätte, sie in Form von Klage und Widerklage geltend zu machen. ZPO. § 147.

Daß die mehreren Prozesse bei verschiedenen Kammern anhängig sind, hindert an sich ihre Verbindung nicht; sie ist aber ausgeschlossen, wenn der eine Prozeß vor der Zivilkammer, der andere vor der Kammer für Handelssachen verhandelt werden muß.

1. Die Verbindung steht der Regel nach im Ermessen des Gerichtes; für gewisse Fälle dagegen ist sie vorgeschrieben.

Notwendig ist die Verbindung mehrerer bei demselben Gerichte anhängiger Prozesse, die zum Gegenstande haben:

1) die Anfechtung einer Todeserklärung, ZPO. § 976[2];

2) die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (HGB. §§ 272[2], 320[3]), die Nichtigerklärung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (HGB. §§ 309, 320[3]); ferner nach dem Genossenschaftsgesetz mehrere Prozesse, welche die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Genossenschaft oder die Anfechtung einer Vorschuß-, Zusatz- oder Nachschußberechnung betreffen (Genossenschaftsgesetz §§ 51[2], 112—114, vgl. §§ 96, 129[2]). — Die gemeinsame Verhandlung aller auf denselben Beschluß oder dieselbe Berechnung bezüglichen Anfechtungsklagen wird in den erwähnten Fällen durch die überall wiederkehrende Vorschrift garantiert, daß sie nur binnen einer bestimmten, gemeinsamen Frist erhoben und vor Ablauf dieser Frist nicht zur mündlichen Verhandlung gebracht werden können.

2. Der Verbindungsbeschluß ist auf Grund mündlicher Verhandlung zu erlassen. Zur gemeinsamen Verhandlung bedarf es selbstverständlich eines gemeinsamen Verhandlungstermins, dessen Anberaumung nach den allgemeinen Regeln zu erfolgen hat.

Es kann insbesondere auch zugleich mit dem Verbindungsbeschluß der gemeinsame Termin verkündet, es kann auch von vornherein für die zu verbindenden Klagen der Verhandlungstermin auf dieselbe Zeit anberaumt und dann gleich nach Beginn der Verhandlung der Verbindungsbeschluß verkündigt werden.

3. Durch die Verbindung kommen die mehreren Kläger oder Beklagten in das Verhältnis von Streitgenossen, im Falle notwendiger Verbindung in das Verhältnis notwendiger Streitgenossen.

Daß im Falle notwendiger Verbindung die mehreren Kläger von vornherein notwendige Streitgenossen sind, wenn sie sich zu gemeinsamer Klage vereinigt haben, ist selbstverständlich.

Für den Prozeßbetrieb durch Ladung gilt daher nun ZPO. § 63 (vgl. oben § 105 IV 2).

Das ist bestritten; aber anders ist die Verbindung praktisch nicht durchzuführen.

4. Allerdings bestehen in anderer Beziehung doch wieder Unterschiede zwischen einer durch Klagenhäufung und einer durch Gerichtsbeschluß bewirkten Verbindung.

a) Wenn von mehreren durch Gerichtsbeschluß verbundenen Prozessen einer entscheidungsreif ist, so muß er durch Endurteil erledigt werden, und dieses Urteil ist nicht Teilurteil; im Fall einer Klagenhäufung ist das Urteil, das nur über einen der verbundenen Ansprüche ergeht, „Teilurteil", und von seiner Erlassung kann das Gericht unter Umständen absehen; vgl. ZPO. § 300[2] mit § 301.

b) Ferner: eine Trennung von Klage und Widerklage ist, wenn die Ansprüche miteinander in rechtlichem Zusammenhange stehen, unstatthaft, wogegen ein Verbindungsbeschluß in jedem Falle aufgehoben werden kann (unten IV).

IV. Das Gericht kann einen Trennungsbeschluß, und ebenso einen Verbindungsbeschluß, wenn er in seinem freien Ermessen stand, nach seinem freien Ermessen (auf Grund mündlicher Verhandlung) auch wieder aufheben, sobald es ihn den Umständen nach nicht mehr für zweckmäßig erachtet. ZPO. § 150.

§ 109.

Zwischenfeststellungsklage.[1])

I. Die materielle Rechtskraft des Urteils beschränkt sich auf den Klaganspruch; sie erstreckt sich nicht auf Rechtsverhältnisse, von denen das Bestehen oder Nichtbestehen des Klaganspruchs abhängt, über die das Gericht entscheiden muß, um zur Entscheidung über den Klaganspruch zu gelangen; sie verknüpft sich nur mit der Entscheidung über den Klaganspruch, nicht mit den Elementen der Entscheidung. ZPO. § 322 (vgl. oben § 61 B II). Es können aber die Parteien die Ausdehnung der Rechtskraft auch auf solche, im Laufe des Prozesses streitig gewordene, Voraussetzungsverhältnisse dadurch herbeiführen, daß sie ihre Feststellung beantragen. ZPO. § 280.

II. Der Antrag hat, da er auf ein Endurteil mit materieller Rechtskraft gerichtet ist, den Charakter eines Klagantrages; durch ihn wird ein bloßes Angriffs- oder Verteidigungsmittel zum Streitgegenstand erhoben; seine Begründung ist mit der Begründung des Angriffs- oder Verteidigungsmittels von selbst gegeben.

Das Feststellungsbegehren des Klägers stellt sich somit als eine nachträgliche Klagenhäufung, das Feststellungsbegehren des Beklagten als eine Widerklage dar. Man bezeichnet diese im Lauf

[1]) Komment. zu ZPO. § 280. Wach § 41 I. Planck Bd. 1 S. 263. Schmidt § 155 I. Oertmann, Z. Bd. 22 S. 11 ff.

eines anhängigen Rechtsstreites von den Parteien erhobenen Feststellungsklagen als Zwischenfeststellungsklagen (Inzidentfeststellungsklagen, Präjudizialinzidentklagen), die des Beklagten speziell als Zwischenfeststellungswiderklage (Inzidentfeststellungswiderklage, Präjudizialinzidentwiderklage).

Das Feststellungsbegehren des Klägers bezeichnet das Gesetz als Erweiterung des Klagantrages; gewiß aber ist es keine Erweiterung des Klagantrages im Sinne des § 268 Nr. 2 ZPO., daher auch § 529 ZPO. nicht darauf anwendbar.

III. Gegenstand der Feststellungsklage kann nur ein vom Kläger oder vom Beklagten zum Zwecke des Angriffs oder der Verteidigung behauptetes, vom Gegner bestrittenes Rechtsverhältnis sein, und nur ein solches, über dessen Bestehen oder Nichtbestehen das Gericht nach Lage der Sache entscheiden muß, um über das Bestehen oder Nichtbestehen des Klaganspruches (ganz oder teilweise) entscheiden zu können. Erweist sich die Behauptung als für die Entscheidung unerheblich, so entfällt damit auch von selbst das Feststellungsbegehren.

1. Es entfällt, wenn das Rechtsverhältnis schon an sich für die Entscheidung unerheblich ist; nicht minder aber auch, wenn es darum unerheblich wird, weil die Klage aus einem anderen Grunde abzuweisen ist (z. B. weil der Anspruch schon verjährt oder weil aus sonstigem Grunde der erhobene Leistungsanspruch, auch wenn das Voraussetzungsverhältnis bestände, nicht begründet wäre, beispielsweise bei einer Erbschaftsklage, weil der Beklagte Nachlaßgegenstände nicht besitzt); denn es hängt in solchem Falle die — zu erlassende — Entscheidung nicht von dem Rechtsverhältnis ab, die Entscheidung über das Rechtsverhältnis ist kein Element der über den Klaganspruch zu fällenden Entscheidung (s. oben § 61 B II 6). Nach anderer Meinung[2]) genügt es, wenn das Rechtsverhältnis für die Entscheidung im allgemeinen, also auch, wenn sie nur für eine der Klage stattgebende Entscheidung von Erheblichkeit wäre.

2. Das Rechtsverhältnis kann dasjenige sein, aus dem der Klaganspruch unmittelbar abgeleitet ist (Eigentum, Erbrecht, Mietsverhältnis bei dem Eigentumsanspruch, Erbschaftsanspruch, Anspruch auf den Mietzins, vgl. dazu oben § 61 B II 1) oder es kann zu dem Klaganspruch in einem mittelbaren Verhältnis stehen, eine entferntere Voraussetzung desselben bilden (z. B. Zinsforderung und Kapitalsforderung).

3. Ist nur ein Teil einer Forderung eingeklagt, so kann doch das Feststellungsbegehren (insbesondere auch das des Gegners) auf die ganze Forderung erstreckt werden; ebenso wenn eine Forderung nur zum Teil zur Aufrechnung benutzt ist. (Das die in der Praxis herrschende, aber bestrittene Meinung.) Es genügt eben, daß es einer Entscheidung über das Rechtsverhältnis (wenn auch nicht in seinem ganzen Umfange) bedarf.

4. Gegenstand einer Zwischenfeststellungsklage kann nicht die Echtheit einer Urkunde (ZPO. § 256) bilden.

IV. Der Antrag des Klägers wie des Beklagten kann auf positive oder auf negative Feststellung gerichtet sein.

V. Ist die Klage prozessualisch unstatthaft, so wird auch die Zwischenfeststellungsklage hinfällig, weil es zu einer Entscheidung über den Klaganspruch nicht kommen kann.

---

[2]) Löning, Z. Bd. 4 S. 54. Oertmann, Z. Bd. 22 S. 27 ff.

Anderseits ist aber die Zwischenfeststellungsklage auch dann als unstatthaft abzuweisen, wenn es bei ihr selbst an den allgemeinen prozessualen Voraussetzungen einer Klage oder Klagenhäufung fehlt.

Das folgt ohne weiteres aus dem oben unter II Bemerkten.

1. Es ist also namentlich auch dann die Zwischenfeststellungsklage unstatthaft, wenn sie nicht in derselben Prozeßart wie die Hauptklage erhoben oder diese Prozeßart nicht für sie zulässig ist.

2. Was speziell die sachliche Zuständigkeit angeht, so ist das Landgericht für die Zwischenfeststellungsklage zuständig, auch wenn ihr Gegenstand an sich zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehören sollte. Wird aber im amtsgerichtlichen Verfahren eine Zwischenfeststellungsklage erhoben, die zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehört, so ist auf Antrag der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen. ZPO. § 506 (vgl. oben § 95 II 6).

3. Wenn in einem vor der Kammer für Handelssachen anhängigen Rechtsstreite eine Zwischenfeststellungsklage erhoben wird, die vor die Zivilkammer gehört, so greift die Vorschrift des § 103 GVG. Platz.

4. In örtlicher Hinsicht ist das Prozeßgericht für die Zwischenfeststellungsklage zuständig, auch wenn es für eine selbständige Feststellungsklage des gleichen Inhaltes nicht zuständig sein würde. — Man kann also wohl von einem besonderen Gerichtsstande des Zusammenhanges reden.[3])

5. Aber unstatthaft ist die Zwischenfeststellungsklage, wenn für ihren Gegenstand ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist.[4]) — Das folgt schon daraus, daß auch die Zwischenfeststellungsklage eine Klage (Feststellungsklage) ist und daß anderseits ein ausschließlicher Gerichtsstand seinem Begriffe nach jeden anderen Gerichtsstand ausschließt, wird auch durch ZPO. § 33[2] bestätigt und von der weitaus herrschenden Meinung angenommen. Ein kollidierendes öffentliches Interesse an der Ausdehnung der Rechtskraft ist schwerlich anzunehmen, da sie von dem Parteiwillen abhängig gemacht ist.

6. Die Zwischenfeststellungsklage des Beklagten fällt in der Tat unter den Begriff der Widerklage (der nach § 33[1] ZPO. erforderte Zusammenhang ist für sie stets gegeben). Daher gilt denn auch für sie ohne weiteres die Beschränkung des § 33[2] ZPO.

VI. Erhoben wird auch die Zwischenfeststellungsklage (nach der allgemeinen Regel des § 281 ZPO.) durch den Vortrag in mündlicher Verhandlung. Sie kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, auch noch in der Berufungsinstanz, hier aber nur mit Einwilligung des Gegners erhoben werden. ZPO. §§ 280, 529. Durch die Klagerhebung entsteht Rechtshängigkeit mit allen ihren Wirkungen.

VII. Die Zwischenfeststellungsklage bedarf nicht der besonderen Darlegung eines rechtlichen Interesses an der Feststellung; es kann aber selbstverständlich auch eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO. mit einer anderen Klage verbunden, vom Beklagten eine solche als Widerklage erhoben werden; dann gelten die allgemeinen Regeln.

---

[3]) Bestritten namentlich von Wach S. 488 f.

[4]) Dagegen namentlich Oertmann § 8; vgl. die Literaturübersicht daselbst S. 48 f.

VIII. Die Entscheidung über die Zwischenfeststellungsklage gehört in den Urteilstenor. Das Urteil bloß über die Zwischenfeststellungsklage ist Endurteil, da es eine Klage, und ist Teilurteil, da es nur einen Teil des Streitgegenstandes erledigt.

Es ist nicht Zwischenurteil; wohl aber kann über das Voraussetzungsverhältnis auch ein Zwischenurteil im Sinne des § 303 ZPO. erlassen werden. Ebenso kann im Sinne § 146 ZPO. die Verhandlung auf das Voraussetzungsverhältnis beschränkt, es kann aber auch getrennte Verhandlung über die Zwischenfeststellungsklage nach ZPO. § 145 (beachte aber Abs. 2) angeordnet werden; sofern die Entscheidung über die Hauptklage von der Entscheidung über die Zwischenfeststellungsklage abhängt, kann sie dann selbstverständlich vor dieser nicht erlassen werden.

§ 110.

Hauptintervention.[1])

I. Wenn ein dritter dasselbe für sich beansprucht, was in einem schon anhängigen Rechtsstreite der Kläger erlangen will, so kann er sein Recht zugleich gegen den Kläger und den Beklagten des anhängigen Rechtsstreites geltend machen; er kann gegen beide zusammen als Streitgenossen Klage erheben, und es kann so der dreiseitige Interessenkonflikt unter allen Beteiligten zugleich durch ein einheitliches Urteil seine Erledigung finden.

Die von dem dritten gegen beide Parteien des anhängigen Rechtsstreites erhobene und auf ein gegenüber beiden wirksames Urteil gerichtete Klage bezeichnet man als Interventionsklage oder Hauptintervention. ZPO. §§ 64, 65.

II. Zulässigkeit der Hauptintervention.

1. Die Hauptintervention ist nur wegen eines Anspruches zulässig, der in einem bestimmten Verhältnis, und zwar in einem Konfliktsverhältnis, zu dem in der Erstklage geltend gemachten Anspruche steht. Dieses Konfliktsverhältnis kann von zweierlei Art sein.

A. Hauptintervention um eine Sache. Der Interventionskläger nimmt (ganz oder teilweise) die Sache in Anspruch, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig ist; er beansprucht die Herausgabe derselben Sache, deren Herausgabe auch der Erstkläger vom Erstbeklagten verlangt; er beansprucht sie jetzt vom Erstbeklagten, eventuell vom Erstkläger, für den Fall nämlich, daß dieser im Erstprozeß siegen und dadurch in den Besitz der Sache kommen werde.

1. Die Erstklage kann eine dingliche (z. B. aus Eigentum, früherem Besitz, BGB. § 1007, Nießbrauch) oder eine persönliche (z. B. aus Verwahrung, Miete, Leihe, Kauf) sein; mit der Interventionsklage dagegen kann naturgemäß nur ein solcher

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 64, 65. Schmidt § 158. Weismann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft (1894). Kohler, Ges. Beiträge S. 272 ff. (aus Gruchot Bd. 30 S. 481 ff.).

Anspruch erhoben werden, der auch gegen den Erstkläger erhoben werden könnte, wenn ihm die Sache vom Erstkläger herausgegeben wäre, also nur ein auf ein dingliches Recht gegründeter, nicht ein rein persönlicher Anspruch.

Indem der Interventionskläger den Erstkläger mitbeklagt, entgeht er der Gefahr, mit seiner Klage abgewiesen zu werden, wenn der Erstkläger vor ihm siegt und die Herausgabe der Sache vom Erstbeklagten erlangt. Darauf gerade beruht die praktische Bedeutung der Hauptintervention in diesem — ursprünglich dem einzigen — Falle.

2. Ganz analog gestaltet ist der Fall, daß Klage auf eine Eintragung in das Grundbuch erhoben ist, die ein dritter für sich beansprucht; es kann aber auch hier mit der Hauptintervention nur ein Anspruch erhoben werden, der gegen den Kläger gerichtet sein würde, wenn er eingetragen wäre, ein Anspruch also, der sich gegen den Eingetragenen als solchen richtet (also ein Anspruch auf Grundbuchsberichtigung nach BGB. § 894).

3. Dem Anspruch auf Herausgabe einer Sache ist ein Anspruch auf Herausgabe eines Kindes (BGB. § 1632) gleich zu behandeln.

4. Der Anspruch aus Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld eignet sich, weil auf Befriedigung aus dem Grundstück — nicht auf Herausgabe — gerichtet, nicht zur Hauptintervention.[2])

B. Hauptintervention um ein Recht. Der andere Fall ist der, daß der Interventionskläger das streitige Recht (ganz oder teilweise) für sich in Anspruch nimmt, d. h. behauptet, daß ihm das vom Erstkläger geltend gemachte Recht zustehe. Dadurch entsteht, da nur einer der Berechtigte sein kann, eine Unsicherheit der Rechtslage, die durch die Hauptintervention für alle Beteiligte zugleich gehoben werden soll.

1. Der Konflikt ist ohne weiteres gegeben, wenn beide Kläger ein Recht an demselben Gegenstand behaupten, das, seinem Inhalte nach, nur einmal an demselben Gegenstande bestehen kann (z. B. Eigentum, Verlagsrecht, Aufführungsrecht).

2. Bei den übrigen Rechten, und so namentlich bei Forderungen, kommt es nicht auf den Gegenstand, sondern den (ursprünglichen) Entstehungsgrund an: die Kläger beanspruchen „dasselbe Recht", wenn sie, jeder für sich, ein Recht des gleichen Inhaltes aus demselben Tatbestand herleiten, aus welchem doch nur einer von ihnen berechtigt sein kann (z. B. es behauptet der Intervenient, daß ihm die eingeklagte Forderung abgetreten oder daß er zufolge eines Rechtes an der Forderung (eines Nießbrauches, Pfandrechtes) zu ihrer Einziehung befugt, oder daß der Vertrag, auf den sich der Erstkläger beruft, zu seinen Gunsten abgeschlossen sei.

3. Im Falle der Hauptintervention um ein Recht kann die Erstklage wie die Interventionsklage eine Feststellungsklage, die Erstklage auch eine negative Feststellungsklage sein; bei der negativen Feststellungsklage ist über das vom Kläger bestrittene Recht „ein Rechtsstreit anhängig". Vgl. oben § 61 B III.

2. Es muß ein Rechtsstreit anhängig gemacht und noch nicht (insbesondere noch nicht durch rechtskräftiges Urteil) beendigt sein. Dieser Rechtsstreit ist der „Hauptprozeß" (ZPO. § 65) oder „Erstprozeß".

a) Wohl ist Hauptintervention auch noch möglich, wenn der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist. Nach Rechtskraft des Urteils kann der dritte noch als Exekutionsintervenient auftreten (ZPO. § 771, darüber unten in der Lehre von der Zwangsvollstreckung).

---

[2]) So auch ERG. Bd. 14 Nr. 96.

b) Wird die Erstklage zurückgenommen, so wird dadurch die einmal erhobene Interventionsklage nicht hinfällig.

c) Ist die Erstklage prozessualisch unstatthaft, so ist es auch die Hauptintervention, denn eine Klage, die prozessualisch unstatthaft ist, macht nicht einen Rechtsstreit „über eine Sache oder ein Recht" anhängig, ZPO. § 64.

d) Ein Rechtsstreit muß anhängig sein; in Bezug auf ein Mahnverfahren ist also eine Hauptintervention nicht möglich, sie wird erst möglich, wenn Einspruch erhoben und daraufhin zu einem Rechtsstreite gekommen ist (ZPO. §§ 696, 697, 700).

e) Da durch eine Aufrechnung im Prozeß die Gegenforderung nicht rechtshängig wird (vgl. oben § 61 B II 5), so ist auch in Bezug auf sie keine Hauptintervention möglich.

3. Derjenige, der nach Eintritt der Rechtshängigkeit (im Fall einer Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder des in Streit befangenen Anspruches)[3]) Rechtsnachfolger einer Partei geworden ist, kann nicht als Hauptintervenient auftreten. ZPO. § 265[2].

Das folgt schon daraus, daß die Entscheidung des Rechtsstreites auch ihm gegenüber wirksam ist. Vgl. ZPO. § 325.

4. Der Hauptintervenient kann zugleich Nebenintervenient im Erstprozesse sein. Vgl. unten § 111 II 2 b.

III. Zuständig für die Hauptintervention ist das Gericht des Erstprozesses, und zwar das Gericht, bei dem er in erster Instanz anhängig wurde.

Es ist aber nicht zuständig, wenn für den Anspruch, der mit der Hauptintervention geltend gemacht werden soll, ein anderes Gericht ausschließlich zuständig ist; in solchem Falle ist also die Hauptintervention unstatthaft. Der Grund ist derselbe, wie bei der Zwischenfeststellungsklage, und auch hier ist die Frage streitig. Vgl. oben § 109 V 5.

IV. Die Hauptintervention muß gegen beide Parteien des Erstprozesses gerichtet sein.

1. Daß der Interventionskläger dem Erstbeklagten gegenüber berechtigt sei, soll auch gegenüber dem Erstkläger, daß er besser berechtigt sei als der Erstkläger, soll auch dem Erstbeklagten gegenüber festgestellt werden. Diese Kombination gerade bildet die Haupteigentümlichkeit der Interventionsklage.

2. Die Hauptintervention eröffnet einen neuen Prozeß, unter drei Parteien, den Interventionsprozeß.

Wegen seines Zusammenhanges mit dem Erstprozeß umfaßt die Prozeßvollmacht für diesen auch das die Hauptintervention betreffende Verfahren (ZPO. § 82); weil aber die Hauptintervention eine Klage für sich ist, so erfolgt ihre Zustellung nicht im Laufe eines anhängigen Prozesses; sie kann daher wohl (ZPO. § 82), aber muß nicht (ZPO. § 176) den Prozeßbevollmächtigten des Erstprozesses zugestellt werden.[4])

3. Die Entscheidung des Interventionsprozesses ergeht gegenüber beiden Parteien des Erstprozesses, sie muß eine einheitliche sein und ist

---

[3]) Und so auch derjenige, dem auf Grund des § 835 ZPO. die streitige Forderung überwiesen ist. ERG. Bd. 20 Nr. 101. Vgl. oben § 88 VI.

[4]) Anders ERG. Bd. 15 Nr. 124.

unter allen drei Beteiligten (dem Interventionskläger, dem Erstkläger und dem Erstbeklagten) wirksam.

a) Sie hat materielle Rechtskraft gegenüber beiden Interventionsbeklagten und hat materielle Rechtskraft auch unter diesen selbst.

Ist also der Hauptintervenient als der Berechtigte anerkannt, so kann sich darauf auch im Erstprozeß der Beklagte berufen; und ist der Interventionskläger als nichtberechtigt abgewiesen, so kann sich im Erstprozeß der Beklagte nicht mehr darauf berufen, daß der Interventionskläger der Berechtigte sei.

b) Die Entscheidung kann aber auch gegenüber dem Erstkläger vollstreckbar sein; dann nämlich, wenn der Anspruch des Hauptintervenienten auf Herausgabe der streitigen Sache für begründet erkannt und der Erstkläger bereits in den Besitz der Sache gelangt ist.

c) Daß die Entscheidung des Interventionsprozesses eine einheitliche sein müsse, ergibt sich aus dem Zwecke der Hauptintervention, folgt auch schon daraus, daß sie gegen beide Parteien gerichtet sein muß, und wird durch die Geschichte des Institutes bestätigt. (Vgl. unten V.)

4. Die Interventionsbeklagten sind folglich Streitgenossen, und zwar haben sie die Stellung notwendiger Streitgenossen.

Die Frage, ob sie auch wirklich Streitgenossen im Sinne des § 64 ZPO. seien, ist ohne praktische Bedeutung, wenn man die Bestimmung dieses Paragraphen hinsichtlich der Versäumung so auslegt, wie es oben (§ 105 III B 2 a) geschehen und wenn man den § 472 ZPO. auf die Fälle beschränkt, in denen die notwendige Streitgenossenschaft in dem materiellen Rechtsverhältnis begründet ist (vgl. oben § 105 III B 2 c); denn aus der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung ergeben sich dann im übrigen von selbst die gleichen Regeln wie für die notwendige Streitgenossenschaft. — Ist man also der Meinung, daß die notwendige Streitgenossenschaft nicht unbedingt in Bestimmungen des materiellen Rechtes ihren Grund haben müsse, so kann man sehr wohl die Hauptintervention als einen Fall auffassen, in dem die Streitgenossenschaft im Sinne des § 64 ZPO. eine „aus anderem Grunde" notwendige ist (vgl. oben § 105 II). Daß der dritte nicht genötigt ist, eine Hauptintervention zu erheben, steht dieser Auffassung nicht entgegen, da doch, wenn sie erhoben wird, sie nur gegen beide Parteien des Erstprozesses erhoben werden kann.

Nimmt man eine Klagbefugnis (in Hinsicht auf die materiellen Urteilswirkungen, s. oben § 20) an, so ist es nur ein kurzer Ausdruck für die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung (hier wie bei der notwendigen Streitgenossenschaft), daß der Hauptintervention eine einheitliche Klagbefugnis gegenüber beiden Interventionsbeklagten entspreche. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Hauptintervention erscheinen denn als Voraussetzungen dieser eigenartigen Klagbefugnis.[5])

Die Frage ist eine höchst bestrittene; nach anderer Meinung hängt es auch hier von der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses ab, ob die Streitgenossenschaft der Interventionsbeklagten eine notwendige sei.[6]) Doch wird auch von gegnerischer Seite

---

[5]) In meiner zitierten Schrift §§ 20, 21 habe ich, in wesentlich gleichem Sinne, einen einheitlichen Interventionsanspruch angenommen. Vgl. oben § 20.

[6]) Auch in ERG. Bd. 17 Nr. 83 wird angenommen, daß die Interventionsbeklagten nicht notwendige Streitgenossen, sondern nur Streitgenossen im Sinne des § 61 ZPO. seien. (Hier auch S. 340 eine Übersicht über die in den Komment. vertretenen Ansichten.) An der im § 18 meiner Schrift gegebenen Begründung glaube

zugegeben, daß die Entscheidung eine gemeinschaftliche und daß sie auch der Regel nach eine einheitliche sein müsse.[7])

Nur vereinzelt[8]) ist behauptet worden, daß im Interventionsprozeß der Erstkläger zum Erstbeklagten gar nicht im Verhältnis eines Streitgenossen, sondern eines (streitgenössischen) Nebenintervenienten stehe.

Durch die Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung ist selbstverständlich auch eine Trennung im Sinne des § 145[1] ZPO. ausgeschlossen. Vgl. oben § 108 II 1.

V.[9]) Die Hauptintervention (interventio principalis im Gegensatz zur interventio accessoria [vgl. unten § 111], Prinzipalintervention) hat sich im mittelalterlichen italienischen und kanonischen Prozeß unter dem Einfluß der germanischen Rechtsanschauung, wonach ein Urteil unter mehreren Rechtsprätendenten zugleich ergehen kann, unter Umständen sogar ergehen muß, entwickelt; ursprünglich war sie eine wirkliche „Intervention", indem der dritte in der Tat in den anhängigen Prozeß eintrat, der dann notwendig zu einer Entscheidung unter allen Beteiligten zugleich führen mußte; erst späterhin hat sie sich zu selbständiger Klage entwickelt.

VI. Weil die Entscheidung des Interventionsprozesses die des Erstprozesses zu beeinflussen vermag, so kann dieser auf Antrag einer Partei (des Erstprozesses) ausgesetzt werden, bis der Erstprozeß rechtskräftig entschieden ist. ZPO. § 65.

Der Antrag kann nicht vom Interventionskläger gestellt werden, weil er nicht Partei des Erstprozesses ist. Von Amts wegen kann der Erstprozeß auf Grund des § 148 ZPO. ausgesetzt werden; das Konfliktsverhältnis aber, das die Voraussetzung der Hauptintervention bildet, rechtfertigt an und für sich die Aussetzung von Amts wegen nicht.

---

2. Kapitel.

Beteiligung dritter am Rechtsstreite.

§ 111.

Nebenintervention.[1])

I. An dem Prozeß können neben den Parteien auch dritte Personen beteiligt sein, die ein rechtliches Interesse daran haben, daß der Prozeß in einem, mittelbar, auch für sie günstigen Sinne entschieden werde.

---

ich festhalten zu müssen; sie ist völlig unabhängig von der Annahme eines einheitlichen Interventionsanspruchs oder einer einheitlichen Interventionsbefugnis (vgl. meine Bemerkung in Z. Bd. 8 S. 442). Zustimmend Schmidt § 158 III (S. 883).

[7]) So Seuffert.

[8]) Von Kohler a. a. O.

[9]) Weismann, Hauptintervention §§ 1 ff.; ausführlichere Darstellung der mittelalterlichen Entwicklung bei Weismann, Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 1 German. Abt. S. 191 ff.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 66—71. Wach §§ 54 ff. Schmidt § 157. A. S. Schultze, Z. Bd. 2 S. 20 ff. Francke, Die Nebenparteien im Zivilprozeß (1882). v. Canstein, Z. Bd. 8 S. 207 ff. Petersen, Z. Bd. 24 S. 305 ff. Francke, Z. Bd. 27 S. 294 ff. Kisch, Grünhut Bd. 26 S. 315 ff.

Eine solche dritte Person, die einem anhängigen Prozesse beitritt, zu dem Zwecke, den Sieg einer der Parteien herbeizuführen, heißt Nebenintervenient; die Partei, „neben" die sie tritt, um sie in ihrer Prozeßführung zu unterstützen, heißt im Verhältnis zu ihr die Hauptpartei.

II. Zulässigkeit der Nebenintervention. Zur Nebenintervention ist nur derjenige berechtigt, welcher „ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit[2]) die eine Partei obsiege". ZPO. § 66.

1. Das Interesse des dritten muß ein rechtliches, in einem Rechtsverhältnis der Beteiligten begründetes sein; ein bloß tatsächliches Interesse genügt nicht.[3])

2. Das Rechtsverhältnis des dritten zu der Hauptpartei muß von solcher Art sein, daß seine rechtliche Stellung sich — in irgendwelchem Sinne — verbessert, wenn der Prozeß zu Gunsten der Hauptpartei entschieden wird, oder sich — in irgendwelchem Sinne — verschlechtert, wenn der Prozeß einen für die Hauptpartei ungünstigen Ausgang nimmt. Dies ist der Fall:

a) Wenn sich die materielle Rechtskraft des Urteils auch auf den dritten erstreckt; darüber oben § 61 a.

b) Wenn dem dritten die Verwirklichung eines Anspruches erschwert wäre, falls die Hauptpartei verurteilt und der Verurteilung entsprochen würde,[4]) oder wenn sie ihm erleichtert wäre, wenn die Hauptpartei obsiegte.[5])

c) Wenn der dritte beim Siege der Hauptpartei einem Anspruch entginge, dem er ausgesetzt sein würde, wenn die Hauptpartei unterläge.

So ist es mit dem Verkäufer, der den Regreßanspruch des Käufers zu besorgen hat, wenn dem Käufer die Sache abgestritten wird; so mit dem Hauptschuldner, der im Fall der Verurteilung des Bürgen dem Rückgriffe desselben ausgesetzt ist, und so anderseits auch mit dem Bürgen, der befürchten muß, von dem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, wenn der Hauptschuldner verurteilt wird.

Man redet, mit Bezug auf diese letzteren Fälle, von einer „Tatbestandswirkung" des Urteils[6]) und unterscheidet also Fälle: 1. der Rechtskraftwirkung, 2. der Vollstreckungswirkung, 3. der Tatbestandswirkung des Urteils.

---

[2]) Der Gegenstand des Rechtsstreites ist gleichgültig. Er kann auch ein familienrechtlicher sein. S. z. B. ERG. Bd. 10 Nr. 32.

[3]) S. z. B. ERG. Bd. 14 Nr. 123. Hier waren die dritten an der fraglichen Feststellung (daß dem Beklagten das ausschließliche Recht zur Herausgabe eines kirchlichen Gesangbuches nicht mehr zustehe) gleichfalls interessiert; es fehlte aber das rechtliche Interesse am Siege des Klägers.

[4]) Das trifft auf den mittelbaren Besitzer zu, wenn der unmittelbare Besitzer als solcher verklagt ist; in welchem Falle auch (ZPO. § 76) die Benennung des mittelbaren Besitzers und sein Eintritt an Stelle des Beklagten möglich wäre.

[5]) So kann als Nebenintervenient auftreten, wer das streitige Recht für sich in Anspruch nimmt und daher eine Hauptintervention erheben könnte. ERG. Bd. 10 Nr. 123. Auch kann ein Nebenintervenient gleichzeitig als Hauptintervenient auftreten. ERG. Bd. 46 Nr. 118.

[6]) Nach dem Vorgange Wachs § 55 III.

3. Der dritte muß ein Interesse an dem Inhalte des Urteils haben, nicht an der bloßen Tatsache des Sieges einer Partei.

Es ist also nicht zur Nebenintervention befugt der dritte, dem von einer Partei für den Fall ihres Sieges etwas versprochen worden ist.[7])

4. Ein Interesse (im materiellen Sinne) ist erforderlich.

Daß die Entscheidung auch für den dritten von irgendwelcher Bedeutung ist, genügt nicht; es muß vielmehr aus dem Unterliegen der Hauptpartei dem dritten ein Nachteil drohen.

Nicht also kann der Schuldner in dem Prozesse den Forderungsprätendenten intervenieren; sein Interesse an dem Siege eines von ihnen könnte nur ein tatsächliches sein.

5. Da Nebenintervenient nur eine von den Parteien verschiedene Person sein kann, als Nebenintervenient nicht auftreten kann, wer schon als Partei, gleichviel ob mit oder ohne seinen Willen, im Prozeß vertreten ist, so wird auch in diesem Punkte die Frage von Bedeutung, wer als Partei des Rechtsstreites anzusehen ist.

Darüber s. oben § 22 I 2 und § 23 II 3. Im einzelnen ist denn auch hier wieder vieles streitig.[8])

III. Prozessuale Stellung des Nebenintervenienten.

Der Nebenintervenient ist nicht Partei; er kann keine Entscheidung für sich, er kann nur Entscheidung für die Partei begehren; er kann die Klage nicht erweitern und nicht ändern, keine Widerklage erheben, mit Wirksamkeit für die Hauptpartei keine materiellen Verfügungen vornehmen, also nicht verzichten, nicht anerkennen, keinen Vergleich schließen, nicht aufrechnen.[9]) Er kann nur für den Kläger die diesem zustehenden Angriffsmittel geltend machen, den Beklagten nur mit den in dessen Person begründeten Rechtsbehelfen verteidigen. Zu diesem Zwecke aber kann er alle Prozeßhandlungen vornehmen, die nur, nach Lage des Prozesses, die Hauptpartei selbst vorzunehmen im stande wäre;[10]) insbesondere kann er Beweis antreten, namentlich Eide zuschieben; kann Eideserklärungen abgeben, Rechtsmittel einlegen. Seine Prozeßhandlungen sind für den Fortgang

---

[7]) ERG. Bd. 23 Nr. 79.

[8]) Daß im Prozeß einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter als Nebenintervenient auftreten könne, wird bejaht in ERG. Bd. 5 Nr. 16, Bd. 34 Nr. 93. Dagegen Wach S. 530 und § 55 IV. — Daß der Gemeinschuldner in Liquidationsprozessen (KO. § 146) wenigstens nicht als Nebenintervenient dem Konkursverwalter zur Seite treten könne, ist ausgesprochen in ERG. Bd. 28 Nr. 102, aber wesentlich aus dem Grunde, weil in solchen Prozessen es an dem rechtlichen Interesse mangele. Vgl. auch besonders L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht S. 272, 275.

[9]) Daß er aufrechnen kann, sofern ihm persönlich eine Aufrechnungsbefugnis zusteht, ist selbstverständlich, und ebenso, daß er dann die vollzogene Aufrechnung im Prozesse geltend machen kann.

[10]) Selbstverständlich kann er den Prozeß betreiben und so auch ein Urteil zustellen lassen. ERG. Bd. 17 Nr. 102. Er kann Rechtsmittel einlegen, aber eben nur als Nebenintervenient, mit Wirksamkeit also für die Partei, er wird nicht dadurch zur Partei der Rechtsmittelinstanz. ERG. Bd. 42 Nr. 98.

des Prozesses und für die Entscheidung ebenso wirksam wie die der Hauptpartei selber, sie wirken also — da die Entscheidung eben der Hauptpartei gegenüber ergeht — *für die Hauptpartei*. Insofern hat also der Nebenintervenient eine Stellung, die der eines *Vertreters* der Hauptpartei *ähnlich* ist.

Nicht zutreffend aber ist es wohl, wenn man den Nebenintervenienten geradezu als Vertreter der Hauptpartei bezeichnet[11]) (man müßte denn eine Vertretung überall da annehmen, wo die Handlungen einer Person für eine andere wirksam sind); denn der Nebenintervenient handelt in *eigenem* Namen, und seine Prozeßhandlungen nimmt er *nicht* in Ausübung der Befugnis der Hauptpartei vor, sondern kraft einer ihm selbständig zustehenden prozessualen Befugnis. Wird er als „Beistand" oder als „Gehilfe" der Hauptpartei bezeichnet, so bedürfen diese Ausdrücke selbst wieder der näheren Erklärung.

1. *In der Regel* aber kann der Nebenintervenient nicht in Widerspruch mit der Hauptpartei handeln. Soweit seine Erklärungen mit denen der Hauptpartei in Widerspruch stehen, sind sie unwirksam. ZPO. § 67.

Bloßes *Nichthandeln*, bloße *Säumnis* der Hauptpartei bedeutet aber noch keinen Widerspruch gegen das Handeln des Nebenintervenienten;[12]) die Hauptpartei bleibt möglicherweise gerade darum untätig, weil sie auf die Tätigkeit des Nebenintervenienten vertraut; sie kann absichtlich die ganze Prozeßführung dem Nebenintervenienten überlassen.

2. Die Nebenintervention wirkt wiederum zurück auf das Verhältnis des Nebenintervenienten *zur Hauptpartei*: eben weil er an dem Rechtsstreite teilgenommen hat, muß er auch, in gewissem, gleich näher zu bestimmendem Umfange, die Entscheidung des Rechtsstreites gegen sich gelten lassen. Könnte nämlich an und für sich der dritte, wenn er *nicht* als Nebenintervenient aufgetreten wäre, der Hauptpartei, die sich ihm gegenüber auf die ihr ungünstige Entscheidung berufen will, entgegenhalten, daß der Richter den Prozeßstoff, wie er ihm vorlag, unrichtig beurteilt, oder daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe (so z. B. der Verkäufer gegenüber dem Regreßanspruch des Käufers, der Hauptschuldner gegenüber dem Regreßanspruch des Bürgen), so wird er nun, eben *zufolge* seiner Nebenintervention, mit der Behauptung der unrichtig entschiedenen Sache überhaupt nicht mehr, mit der Behauptung des mangelhaft geführten Rechtsstreites nur noch in beschränktem Umfange gehört; nämlich nur insoweit, als er durch die Lage des Rechtsstreites zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen oder als Angriffs- und Verteidigungsmittel, die er selbst nicht kannte, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind. ZPO. § 68.

---

[11]) So A. S. *Schultze*, *Petersen*, *Kisch* a. a. O.
[12]) ERG. Bd. 10 Nr. 123, Bd. 42 Nr. 98.

3. Wenn also die Entscheidung des Rechtsstreites nur für das Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei Bedeutung hat, so kann dem Nebenintervenienten seine unselbständige Stellung, seine Unterordnung unter die Hauptpartei nicht schaden; denn soweit seine Handlungen und Erklärungen darum wirkungslos geblieben sind, weil sie mit Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei in Widerspruch standen, so kann er sich eben hierauf der Hauptpartei gegenüber berufen; es ist insoweit der Hauptpartei gegenüber die Entscheidung des Rechtsstreites nicht für ihn maßgebend (ZPO. § 68).[13] Insofern aber die Entscheidung nicht bloß sein Verhältnis zur Hauptpartei, sondern darüber hinaus seine Rechtsstellung auch der anderen Partei gegenüber beeinflußt, ist er von der Hauptpartei unabhängig gestellt, kann er auch im Widerspruch mit ihr handeln und steht er also (in dieser Hinsicht) zu ihr wie ein Streitgenosse (ZPO. § 69). Im übrigen aber ist er auch hier in Wahrheit nicht Hauptpartei, sondern Nebenpartei, und gelten für ihn die hieraus sich ergebenden Folgerungen.[14]

Es gehören hieher die Fälle, in denen das Urteil über die Parteien hinaus gegen alle oder gegen bestimmte dritte Personen wirksam wird. Vgl. oben § 61 a.

Der Sinn der Bestimmung des § 69, daß der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei gelte, ist bestritten; nach anderer Auffassung soll er in jeder Beziehung als Streitgenosse behandelt werden. — Streit ist auch, was die Stellung des Nebenintervenienten nach § 69 angeht, über die Anführung des § 61; es wird gesagt, in § 69 sei irrtümlich der § 61 anstatt der § 62 zitiert, der Nebenintervenient habe die Stellung eines notwendigen Streitgenossen; von anderer Seite wird die Anführung des § 61 damit gerechtfertigt, daß § 61 doch seinerseits wieder („soweit nicht") auf den § 62 Bezug nehme.[15] Die Grundsätze von der Streitgenossenschaft, und von der notwendigen insbesondere, beruhen darauf, daß die Streitgenossen an dem materiellen Rechtsverhältnisse, das den Gegenstand des Prozesses bildet, alle unmittelbar mitbeteiligt sind; das trifft aber beim Nebenintervenienten nicht zu und darum kann er in Wahrheit nie die Stellung einer Hauptpartei haben. Es ist nur einheitliche Entscheidung über den Klaganspruch, keine gesonderte Entscheidung gegenüber dem Nebenintervenienten möglich.

Eine Eideszuschiebung oder Eideszurückschiebung ist unstatthaft an einen unselbständigen, sie ist aber statthaft an einen streitgenössischen Nebenintervenienten. ZPO. § 449 vgl. § 472.

Dem streitgenössischen Nebenintervenienten muß auch das Urteil zugestellt und es kann nur dadurch eine Anfechtungsfrist (Rechtsmittel-, Einspruchsfrist) gegen ihn in Lauf gesetzt werden,[16] wogegen dem unselbständigen Nebenintervenienten das Urteil nicht zuzustellen ist, wie er denn auch nur innerhalb der durch die Zustellung an die Partei eröffneten Frist das Urteil anfechten kann.[17]

---

[13] Er kann sogar trotz eines Anerkenntnisses der Hauptpartei den Prozeß kontradiktorisch weiterführen. So Schultze a. a. O. S. 99. — Eine andere Frage ist, ob materiellrechtlich das Anerkenntnis ihm gegenüber wirksam ist. ERG. Bd. 44 Nr. 83.

[14] Dies auch die Auffassung des Reichsgerichts. ERG. Bd. 17 Nr. 103 und die Anführungen in Bd. 44 S. 347.

[15] Literaturübersicht bei Seuffert zu ZPO. § 69 Nr. 2.

[16] ERG. Bd. 34 Nr. 93. [17] ERG. Bd. 18 Nr. 97.

Wenn aber, im Fall der Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder der Abtretung des in Streit befangenen Anspruches, der Rechtsnachfolger, dem gegenüber die Entscheidung des Rechtsstreites von Wirksamkeit ist (ZPO. § 325), als Nebenintervenient auftritt, so hat er nicht die Stellung eines streitgenössischen, sondern eines unselbständigen Nebenintervenienten; denn er würde sonst auf einem Umwege die Parteistellung erhalten, die ihm versagt sein soll. ZPO. § 265[2].

4. Hienach also sind, was die prozessuale Stellung des Nebenintervenienten angeht, zwei Arten der Nebenintervention zu unterscheiden: die unselbständige und die selbständige oder streitgenössische Nebenintervention.

5. Das Institut der Nebenintervention (nicht zwar seine Bezeichnung) entstammt dem römischen Rechte. Ob diesem aber schon die dogmatisch zuerst in der deutschen Prozeßliteratur des neunzehnten Jahrhunderts entwickelte Scheidung der zwei Arten von Nebenintervention, ob ihm eine „unselbständige Nebenintervention" bekannt war, ist zum mindesten zweifelhaft.[18])

IV. Eine Nebenintervention ist möglich, so lange der Rechtsstreit anhängig ist, in jeder Lage desselben, auch noch nach Erlassung eines Endurteiles, so lange dasselbe noch nicht rechtskräftig geworden ist, und auch dann, wenn die Hauptpartei selbst ein Rechtsmittel nicht dagegen eingelegt hat; in solchem Falle kann der Nebenintervenient seinen Beitritt mit der Einlegung eines Rechtsmittels verbinden. ZPO. § 66[2].

V. Zur Nebenintervention bedarf es einer schriftlichen Beitrittserklärung, die in einem beiden Parteien[19]) zuzustellenden Schriftsatze zu erfolgen hat. ZPO. § 70.

Im einzelnen muß der Schriftsatz enthalten außer der Beitrittserklärung die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreites sowie die bestimmte Angabe des Interesses, auf welches sich die Nebenintervention gründet. Außerdem soll er auch den allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze entsprechen (ZPO. § 70).

VI. Die Zulässigkeit der Nebenintervention ist nicht von Amts wegen zu prüfen.[20]) Beantragt eine der Parteien die Zurückweisung (was nur in einer mündlichen Verhandlung geschehen kann), so kommt es zu einem Zwischenstreit (einem Zwischenstreit „mit einem dritten"), der, auf Grund mündlicher Verhandlungen, durch Zwischenurteil zu erledigen ist. An dem Zwischenstreite können in jedem Falle beide Parteien teilnehmen. Sein Interesse hat der Nebenintervenient glaubhaft zu machen. Gegen ein zurückweisendes Zwischenurteil hat der Nebenintervenient, gegen ein zulassendes jede der Parteien die sofortige Beschwerde. Auf alle Fälle ist der Intervenient aber im Hauptverfahren zuzuziehen, so lange nicht die Intervention für unzulässig erklärt und das zurück-

[18]) Wetzell § 7.
[19]) ERG. Bd. 15 Nr. 109, Bd. 42 Nr. 100.
[20]) S. Note 19.

weisende Zwischenurteil rechtskräftig geworden ist. ZPO. § 71. Infolge der rechtskräftigen Zurückweisung verlieren die vom Nebenintervenienten vorgenommenen Prozeßhandlungen ihre Wirkung, werden insbesondere die von ihm abgegebenen Erklärungen unbeachtlich.

Im einzelnen ist noch zu bemerken:

1. Die Partei, welche sich mit der Zulassung des Nebenintervenienten — ausdrücklich oder stillschweigend — einverstanden erklärt hat, kann nicht mehr widersprechen.

2. Auf die Form des Beitrittes leidet der § 295 ZPO. Anwendung, aber nicht auf die Zulässigkeit der Nebenintervention (vgl. oben § 84). Denn von dieser hängt es ab, ob ein dritter Parteibefugnisse ausüben dürfe.

3. Für den Zwischenstreit mit einem dritten gelten nicht die Bestimmungen über das Versäumnisverfahren; sie finden (ZPO. § 347[2]) nur auf den Zwischenstreit unter den Parteien Anwendung (vgl. oben § 93 IX); beim Ausbleiben eines der Beteiligten ist also nach Lage der Sache unter Berücksichtigung der Akten zu erkennen.

4. Das Zwischenurteil über die Zulässigkeit der Nebenintervention kann auch mit dem Endurteil verbunden werden.[21])

5. Selbstverständlich steht das zurückweisende Urteil einer Zulassung aus anderweit begründetem Interesse nicht entgegen.[22])

6. Bezüglich der Kosten (ZPO. § 101) s. unten § 115 X.

§ 112.[1])

Streitverkündung.

I. Wegen der Rückwirkung, welche die Nebenintervention auf das Verhältnis der Hauptpartei zum Nebenintervenienten ausübt (ZPO. § 68), kann auch die Hauptpartei an dem Beitritte des Nebenintervenienten interessiert sein. Dem Interesse der Hauptpartei wird aber auch noch besonders dadurch Rechnung getragen, daß eine gleichartige Wirkung, wie sie sich mit dem Beitritte des Nebenintervenienten verbindet, schon an eine „Streitverkündung" (litis denuntiatio) geknüpft wird, d. h. eine Anzeige von dem anhängigen Rechtsstreite, die eine Partei einem zur Nebenintervention befugten dritten macht.

Die Streitverkündung hat nämlich die Wirkung, daß für das Verhältnis der Hauptpartei zu dem benachrichtigten dritten (dem Litisdenunziaten dem „Streitunterrichteten") die Entscheidung des Rechtsstreites in gleicher Weise maßgebend wird, als ob er zu der Zeit, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war, dem Prozesse wirklich (als Nebenintervenient) beigetreten wäre. ZPO. § 74[3].

Es findet gegen ihn in jedem Falle, er mag dem Prozesse beitreten oder den Beitritt ablehnen oder sich nicht erklären, der § 68 ZPO. Anwendung, mit der Maßgabe, daß anstatt der „Zeit des Beitritts" die Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt infolge der Streitverkündung möglich war.

---

[21]) Auch in diesem Fall ist es nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. ERG. Bd. 15 Nr. 115, Bd. 18 Nr. 26, Bd. 38 Nr. 105.

[22]) ERG. Bd. 23 Nr. 79.

[1]) Komment. zu ZPO. § 74. Wach § 59. Schmidt § 157 IV.

II. Eine Streitverkündung kann bis zur endgültigen Erledigung des Rechtsstreites jede Partei vornehmen, die an dieser erweiterten Urteilswirkung ein Interesse hat, indem sie nämlich für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreites einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen dritten erheben zu können glaubt (wie z. B. der Käufer, der auf Herausgabe der Sache belangt ist, gegen den Verkäufer, der Bürge gegen den Hauptschuldner) oder den Anspruch eines dritten besorgt, sofern sie nämlich den Prozeß, zwar in eigenem Namen, aber im Interesse des dritten führt (wie z. B. der Kommissionär, Spediteur, Frachtführer, hinsichtlich des Kommissions- oder Frachtgutes); der Benachrichtigte kann eine weitere Streitverkündung vornehmen (so der Regreßpflichtige an denjenigen, gegen den er seinerseits seinen Regreß nehmen will). ZPO. § 72.

Ob die Partei zur Streitverkündung *verpflichtet* ist und welche Folge die Verabsäumung dieser Pflicht nach sich zieht, ist eine Frage des materiellen Rechtes.

Eine derartige Bestimmung enthält die ZPO. in § 841.

Nach *gemeinem* Recht war es namentlich streitig, ob der Rückgriff des Käufers wegen Entwehrung durch Litisdenunziation an den Verkäufer bedingt sei. Wenn nach dem BGB. der Käufer zur Streitverkündung nicht verpflichtet ist, so hat er doch dazu alle Veranlassung, da er, nach BGB. § 442, den geltend gemachten Mangel im Rechte zu beweisen hat, wenn der Verkäufer denselben bestreitet; denn er ist, wenn er sich zufolge der Streitverkündung dem Verkäufer gegenüber auf das Urteil des Entwehrungsprozesses berufen kann, des Beweises *enthoben*. — Durch die Streitverkündung wird die *Verjährung* des Anspruches der Hauptpartei gegen den Streitunterrichteten unterbrochen, BGB. §§ 209 Nr. 4, 215. Und ebenso wird die Frist, die in BGB. § 485 dem Käufer für die Wahrung seiner Rechte wegen eines Mangels der Sache gesetzt ist, auch durch eine Streitverkündung gewahrt.

III. Die Streitverkündung erfolgt durch *Zustellung eines Schriftsatzes*, in welchem auch der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Abschrift davon ist von dem Streitverkünder dem Gegner zuzustellen. ZPO. § 73. Unter „*gerichtlicher* Streitverkündung" versteht das Gesetz eine Streitverkündung, die in dieser Form vorgenommen ist.

Von der Wahrung der vorgeschriebenen Form ist die Wirksamkeit der Streitverkündung gegenüber dem Streitunterrichteten abhängig; zu einer Prüfung ihrer Formrichtigkeit ist also nur im Prozesse des Streitverkünders mit dem Benachrichtigten Veranlassung, wenn sie von diesem bestritten wird.

IV. Die Streitverkündung hat auf den *Fortgang* des Prozesses *keinen* Einfluß. Erklärt sich der Streitunterrichtete nicht oder lehnt er ausdrücklich den Beitritt ab, so wird eben ohne Rücksicht auf ihn der Prozeß fortgesetzt; will er beitreten, so kann er es nur in der Eigenschaft eines Nebenintervenienten; die Zulässigkeit seines Beitrittes bestimmt sich also nach den Regeln von der Nebenintervention. ZPO. § 74.

V. Wie die Nebenintervention, so entstammt auch das Institut der Streitverkündung dem römischen Prozeßrechte. Vgl. oben § 111 III 5.

§ 113.

Prätendentenstreit.[1])

Wenn ein dritter die gegen den Schuldner eingeklagte Forderung für sich in Anspruch nimmt (ein Fall, in dem auch eine Hauptintervention zulässig wäre), so kann der Beklagte, der die Forderung an sich nicht bestreitet, seine Entlassung aus dem Rechtsstreite verlangen, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme (BGB. §§ 376, 378) hinterlegt und wenn, auf seine Streitverkündigung hin (oder auch ohne förmliche Streitverkündung, aber mit seinem Einverständnis), der dritte an seiner Stelle in den Rechtsstreit eintritt. ZPO. § 75.

Die Entlassung des Schuldners erfolgt durch Endurteil; zugleich ist er in die Prozeßkosten zu verurteilen, die durch seinen etwa vorher erhobenen unbegründeten Widerspruch entstanden sind. Der Rechtsstreit wird dann unter den streitenden Gläubigern allein fortgesetzt; er wird zu einem Rechtsstreit unter den Forderungsprätendenten über ihre Berechtigung, über ihren Anspruch auf den hinterlegten Betrag. Jeder der Prätendenten beantragt, daß seine Berechtigung festgestellt und der hinterlegte Betrag ihm zugesprochen werde; es hat also jeder die Stellung zugleich eines Klägers und eines Beklagten („iudicium duplex"). Vgl. unten Nr. 8.

Dem Obsiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch dem ursprünglich beklagten Schuldner (der in dieser Hinsicht also Partei bleibt) zur Erstattung der ihm entstandenen Kosten (soweit sie nicht durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßt sind), einschließlich der Kosten der Hinterlegung zu verurteilen. ZPO. § 75 Satz 2.

Die Bestimmung ist, einem kurhessischen Gesetze nachgebildet, auf Antrag O. Bährs in das Gesetz aufgenommen worden; im einzelnen ist vieles streitig.

1. Die Bestimmung ist nur anwendbar bei Forderungen auf eine hinterlegbare Leistung.

Nach anderer Meinung sogar nur bei Forderungen auf Geld oder andere vertretbare Sachen (wegen des Ausdruckes „Betrag"); nach einer dritten Ansicht überhaupt bei Forderungen auf bewegliche Sachen.[2])

Welche Sachen hinterlegbar sind, bestimmt BGB. § 372; die Landesgesetzgebung kann aber auch noch andere Sachen für hinterlegbar erklären. E.BGB. Art. 146. Ist die Leistung nicht hinterlegbar, so kann eben dem Erfordernis der Hinterlegung nicht genügt werden. Allerdings aber kann, auch im Laufe eines anhängigen Rechtsstreites, eine Forderung sich in eine Geldforderung (Interesseforderung, Forderung auf den

[1]) Komment. zu ZPO. § 75. Wach, Vorträge S. 109 f. Schmidt § 158 IV. Schlodtmann, Z. Bd. 13 S. 293 ff. Mendelssohn-Bartholdy, Beiträge zur Auslegung des § 72 (des jetzigen § 75) ZPO. (1898), hier auch im übrigen die frühere Literatur. S. auch Hellwig, Rechtskraft § 39.

[2]) Dazu s. Mendelssohn-Bartholdy §§ 5, 6. Hier auch (§ 5) beachtenswerte Gründe gegen die herrschende Ansicht, daß die Klage notwendig Leistungsklage sein müsse; vgl. unten N. 8.

Erlös der ursprünglich geschuldeten Sache, s. insbesondere BGB. § 383[1]) verwandeln; damit wird denn auch eine Hinterlegung möglich.

2. Eine Streitverkündung scheint allerdings nach dem Wortlaute des Gesetzes erforderlich, wäre aber eine bloße Formalität, wenn der dritte in der mündlichen Verhandlung seinen Eintritt erklärt und der Schuldner einwilligt.

Nach anderer Meinung kann die förmliche Streitverkündung nur durch Einverständnis beider Parteien ersetzt werden.

3. Streitig ist, auf welche Weise der dritte in den Streit einzutreten habe. Das Wesentliche des Vorganges ist, daß der ursprünglich beklagte Schuldner ausscheidet und der Prätendent an seine Stelle tritt; nur wenn sich dieser hiezu bereit erklärt, kann der Schuldner entlassen werden; in diesem Sinne also muß sein „Eintreten" in den Rechtsstreit erfolgen.

Wenn er als Nebenintervenient beiträte, so würde das nicht genügen; denn dadurch wird er nicht selbst Partei, und zum Eintritt an Stelle des Beklagten kann er, auch als Nebenintervenient, nicht gezwungen werden. Hauptintervenient ist er nicht; denn er erhebt keine Klage, die zu einem neuen Rechtsstreite führt, sondern tritt in den anhängigen Rechtsstreit ein.[2])

4. Ob der Schuldner durch die Hinterlegung befreit wird, ist Frage des materiellen Rechts (vgl. BGB. §§ 372, 383).

Nach anderer Meinung wird er unter allen Umständen befreit;[4]) eine dritte Ansicht geht dahin, daß nur, wenn er, nach materiellem Recht, durch die Hinterlegung befreit werde, seine Entlassung statthaft sei;[5]) aber dann könnte er dann nicht entlassen werden, wenn die Klage eine frivole und ihm also das Recht des dritten nicht ungewiß (BGB. § 372) ist; dem dritten gegenüber wird der Schuldner allerdings durch die Hinterlegung immer befreit, da dieser sich durch seinen Eintritt in den Rechtsstreit auch mit der Hinterlegung einverstanden erklärt.

5. In Hinsicht auf eine Widerklage ist der Eintritt eines Prätendenten an Stelle des Schuldners nicht statthaft.

Nach der herrschenden Meinung soll er auch hier zulässig sein;[6]) allein dann würde Widerbeklagter nun ein anderer als der Kläger sein, was mit einer Widerklage nicht verträglich ist. Da durch eine Aufrechnung die Gegenforderung nicht rechtshängig wird, so ist schon darum auf sie der § 75 nicht anwendbar.

6. Endurteil ist das Urteil, durch welches der Schuldner entlassen wird, weil dadurch für ihn der Streit über die Forderung zu Ende ist.

Nach anderer Meinung ist es Zwischenurteil; vgl. oben § 98 I 1.[7])

---

[2]) Hauptintervention wird angenommen von Wach a. a. O. Mendelssohn-Bartholdy § 8. Gaupp-Stein zu ZPO. § 75 IV („modifizierte Hauptintervention"); auch beiläufig in ERG. Bd. 34 Nr. 105 (S. 400). — Eine Ähnlichkeit mit der Hauptintervention ist zuzugeben (Weismann, Hauptintervention S. 171 N. 6).

[4]) S. dazu Mendelssohn-Bartholdy § 11.

[5]) Seuffert zu ZPO. § 75 Nr. 1 f.

[6]) Mendelssohn-Bartholdy § 7. Wie hier, Struckmann-Koch zu ZPO. § 75 Nr. 2.

[7]) Darüber Mendelssohn-Bartholdy S. 44 ff. Vgl. N. 8.

7. Durch das Ausscheiden des Schuldners und das Eintreten des dritten vollzieht sich ein Wechsel in der Person des Beklagten und in dem Streitgegenstand.

Eine eigentliche Rechtsnachfolge in die Stellung des Beklagten ist jedoch nicht anzunehmen;[8]) wäre der dritte Rechtsnachfolger des Schuldners, so müßte er an ein gerichtliches Geständnis desselben (z. B. bezüglich einer für die Aktivlegitimation des Klägers erheblichen Tatsache) gebunden sein. — Verzichtbare prozeßhindernde Einreden darf der dritte allerdings nicht mehr geltend machen; denn der Eintritt in den Prozeß ist ihm nur zu dem Zwecke gestattet, den Streit über das Gläubigerrecht zum Austrage zu bringen.

Wer das Eintreten des dritten als Hauptintervention auffaßt (vgl. oben N. 3), gelangt dazu, ihn, nach der Entlassung des Schuldners, als den alleinigen Kläger und den Kläger als den, nunmehr einzigen, Interventionsbeklagten aufzufassen.

8. Da dem Obsiegenden, dem Kläger oder dem dritten, der hinterlegte Betrag „zuzusprechen" ist, so folgt, daß sie beide[9]) Klägerstellung haben, und daß ihr Antrag nicht ein bloßer Feststellungsantrag im Sinne des § 256 sein kann (vgl. oben § 18 IV).[10]) Siegt keiner, so kann der Schuldner den hinterlegten Betrag zurückfordern.

Wäre der ursprüngliche Kläger als der nunmehr einzige Beklagte aufzufassen, so müßte ihm der hinterlegte Betrag zufallen, wenn der dritte nicht siegte: ein innerlich nicht gerechtfertigtes Ergebnis.

Sofern der Unterliegende die Befriedigung des Gläubigers schuldhafterweise verzögert hat, ist er schadensersatzpflichtig.

§ 114.

Benennung des Besitzurhebers.[1])

I. Wenn derjenige, der als Besitzer einer Sache beklagt ist, nur wegen seines Verhältnisses zu einem dritten, von dem er seinen Besitz ableitet, an dem Ausgange des Rechtsstreites interessiert ist, so kann er nicht bloß dem dritten, „dem Besitzurheber", den Streit verkünden, sondern er hat noch ein weitergreifendes Mittel, durch das er sich sogar der eigenen

---

[8]) Rechtsnachfolge wird auch verneint von Schollmeyer, Der Zwischenstreit unter den Parteien (1880) S. 102 ff., dagegen angenommen von Schlodtmann, Z. Bd. 13 S. 298, Seuffert zu ZPO. § 75 Nr. 3. Wohl in gleichem Sinne wie hier O. Fischer, Termin und Ladung S. 105 f. (Gruchot Bd. 25 S. 839 f.). — Nach Kohler, Ges. Beiträge S. 280 ff. (aus Gruchot Bd. 30), ist der Erstkläger als Rechtsnachfolger des ausgeschiedenen Beklagten anzusehen. — Die Annahme einer Hauptintervention (oben Note 3) schließt die einer Rechtsnachfolge notwendig aus.

[9]) Gegen die Konstruktion eines iudicium duplex Schlodtmann S. 299; so auch (bei der Annahme einer Hauptintervention konsequent) Wach a. a. O., Mendelssohn-Bartholdy § 10, Gaupp-Stein zu § 75 ZPO. IV a.

[10]) Vgl. oben Note 2.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 76 f. Schmidt § 158 IV b. Kannengießer, Die prozeßhindernde Einrede (1878). Krug, Z. Bd. 20 S. 299 ff. (hier auch weitere Literatur). Vgl. ferner Wach, Vorträge S. 108. Weismann, Hauptintervention § 31. Hellwig, Rechtskraft § 10, Lehrbuch § 56.

Prozeßführung entschlagen kann. Dieses Mittel ist die Benennung des Besitzurhebers. ZPO. § 76.

II. Sie setzt voraus:

1. einen Klaganspruch, der gegen den jeweiligen Besitzer einer Sache als solchen gerichtet ist, ebensowohl gegen den unmittelbaren, wie gegen den mittelbaren Besitzer;

Ein solcher Anspruch ist der dingliche Anspruch des Eigentümers, des besseren Besitzers, des Erbbauberechtigten, des Mobiliarpfandgläubigers auf Herausgabe der Sache (BGB. §§ 985, 1007², 1012, 1227), der Anspruch wegen Beeinträchtigung einer Dienstbarkeit (BGB. § 1027), sofern er gegen den Besitzer des angeblich dienenden Grundstückes gerichtet ist, aber auch der persönliche Anspruch auf Vorweisung (BGB. §§ 809, 810), der Anspruch gegen den Besitzer eines Grundstückes, die Aufsuchung und Wegnahme einer aus der Gewalt des Besitzers gekommenen Sache zu gestatten (BGB. § 867); nicht aber z. B. der Anspruch wegen eigenmächtiger Besitzentziehung nach BGB. § 861, weil er nur gegen den fehlerhaft Besitzenden gerichtet ist.

2. die Behauptung des beklagten Besitzers, daß er zu dem dritten in einem Verhältnisse stehe, zufolge dessen dieser mittelbarer Besitzer ist.

Also die Behauptung, daß er die Sache auf Grund eines Verhältnisses der in BGB. § 868 bezeichneten Art besitze: „als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer" oder auf Grund eines „ähnlichen Verhältnisses, vermöge dessen er dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist".

Immer kann der Beklagte nur denjenigen benennen, von dem er seinen Besitz ableitet; dieser kann dann wieder einen anderen benennen; z. B. der beklagte Pächter benennt den Nießbraucher, von dem er gepachtet hat, dieser den Eigentümer. Eben darum ist es wohl genauer, von Benennung „des Besitzurhebers" (nicht: „des mittelbaren Besitzers") zu reden.

Der bloße Besitzgehilfe im Sinne des § 855 BGB. kann nicht in die Lage kommen, eine Benennung vorzunehmen; denn da er nicht selbst Besitzer ist, so ist die gegen ihn als Besitzer erhobene Klage wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen.

III. Die Benennung des Besitzurhebers vollzieht sich

1. in der Weise, daß der Beklagte
   a) dem mittelbaren Besitzer den Streit verkündet (§ 73);
   b) ihn zur Erklärung (darüber, ob er in dem vom Beklagten behaupteten Verhältnisse stehe) in den Termin zur mündlichen Verhandlung lädt;
   c) ihn dem Kläger benennt.

2. Sie muß, um wirksam zu sein, erfolgen, bevor der Beklagte zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

IV. Sie hat dann zunächst die Folge, daß der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache verweigern darf, und zwar bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem er sich zu erklären hat.

Sie gleicht also insofern einer prozeßhindernden Einrede (§ 274), ohne aber im übrigen eine solche zu sein. Denn sie führt nicht zur Abweisung der Klage, sondern sie kann nur zur Entlassung des Beklagten führen. Es will nur durch sie der Beklagte die Last der Verteidigung, des kontradiktorischen Verhandelns, von sich abwälzen.

Die weiteren Folgen aber gestalten sich verschieden, je nach dem Verhalten des Benannten.

1. Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich überhaupt nicht, so braucht der Beklagte den Rechtsstreit nicht fortzuführen, sondern darf ohne weiteres dem Klaganspruch genügen: daß er genötigt gewesen sei, die Sache herauszugeben, kann ihm künftig der Benannte nicht mehr bestreiten.

2. Erkennt aber der Benannte an, daß er zu dem Beklagten in dem behaupteten Verhältnis stehe, so ist er befugt, mit Zustimmung des Beklagten, an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen.

Die Prozeßübernahme ist auch ohne vorgängige Streitverkündung und Ladung zulässig. Deren Mangel zu rügen hat der Kläger kein Interesse.[2])

a) Er ist also jetzt der Beklagte; das ist darum möglich, weil der Klaganspruch auch von vornherein gegen ihn hätte gerichtet werden können.

b) Das Urteil ergeht gegen ihn, über den gegen ihn gerichteten Anspruch,[3]) und ist ihm gegenüber wirksam: materiell rechtskräftig und vollstreckbar.

c) Der ursprüngliche Beklagte ist, nachdem der Benannte den Prozeß übernommen hat, auf seinen Antrag durch Endurteil ausdrücklich von der Klage zu entbinden.

Als Endurteil ist die Entbindung des Beklagten vom Rechtsstreit darum anzusehen, weil sie für ihn den Prozeß beendigt. Es folgt daraus, daß auch über die Prozeßkosten zu entscheiden ist. Vgl. dazu unten § 115 XI.

d) Der Kläger kann dem Eintritt des Benannten, was den Hauptanspruch angeht, nicht widersprechen; nur insoweit ist seine Zustimmung erforderlich, als er Forderungen geltend macht, die vom Besitzverhältnis unabhängig sind.

Z. B. Ansprüche wegen gezogener oder nicht gezogener Nutzungen oder wegen Beschädigung der Sache.

Der Kläger kann nicht widersprechen, auch wenn eine Streitverkündung und Ladung nicht vorausgegangen ist; denn für ihn ist die Beobachtung dieser Formvorschrift ohne Interesse.

e) Die gegen den Benannten ergangene Entscheidung ist in Ansehung „der Sache selbst" (nicht in Ansehung der Prozeßkosten) auch gegen den ursprünglichen Beklagten wirksam und vollstreckbar.[4])

---

[2]) ERG. Bd. 22 Nr. 79.

[3]) Weismann, Hauptintervention § 31. Hellwig, Rechtskraft § 10 III.

[4]) Also nach Kohler (Ges. Beiträge S. 345) ein Fall der „Prozeßstandschaft", nach Hellwig a. a. O. ein Fall der Prozeßführungsmacht (vgl. oben § 22 Note 3).

Daß sie auch für ihn wirksam ist, folgt, wenn auch nicht notwendig aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft, so doch jedenfalls aus dem Verhältnis des Beklagten zu dem mittelbaren Besitzer; wie sich daraus ergibt, daß, wenn der Beklagte noch einmal vom Kläger mit demselben Anspruch belangt würde, er ja wieder den mittelbaren Besitzer benennen und dieser sich dann zweifellos auf das ihm günstige Urteil berufen könnte.

f) Insofern der Benannte in den Prozeß eintritt, findet ein Parteiwechsel, ein Wechsel in der Person des Beklagten statt; und da die Rechtshängigkeit, wie sie durch die Klage begründet wurde, erhalten bleibt, so kann man von einer Rechtsnachfolge in die Parteirolle reden.

Andere Auffassungen sind:[5]) der Beklagte bleibt Partei, der Benannte wird sein Vertreter in eigenem Interesse („procurator in rem suam") — eine schon für das gemeine Recht vertretene Auffassung —, der Benannte wird Streitgenosse des Beklagten — er wird Nebenintervenient. Aber der Benannte übernimmt den Prozeß „an Stelle des Beklagten" — die Entscheidung ist „auch gegen den Beklagten wirksam" — sie ergeht also nur gegen den Benannten. Streitgenossenschaft entsteht nur, sofern der Beklagte wegen eines Anspruchs, der vom Besitzverhältnis unabhängig ist, vom Kläger im Prozesse festgehalten wird.

g) Die auf den Prozeßübergang bezüglichen Erklärungen sind — nach der allgemeinen Regel — in mündlicher Verhandlung abzugeben.

V. Die Benennung des Besitzurhebers entspricht der gemeinrechtlichen nominatio (oder laudatio) auctoris; dieselbe war im mittelalterlichen italienischen Recht in Anlehnung an die l. 2 C. ubi in rem actio (3, 19) ausgebildet worden, unter dem Einfluß der longobardischen Rechtsanschauung, wonach der Eigentumsklage gegenüber nur der Eigenbesitzer rechter Beklagter ist, ein anderer Inhaber der Sache sich, unter Berufung auf den Eigenbesitzer, des Prozesses weigern kann.[6])

VI. Die Bestimmungen über die Benennung des Besitzurhebers finden entsprechende Anwendung, wenn von dem Eigentümer einer Sache oder von demjenigen, dem ein Recht an der Sache zusteht (z. B. dem Nießbraucher, Dienstbarkeitsberechtigten) wegen einer Beeinträchtigung des Eigentums (BGB. § 1004) oder seines Rechtes (z. B. BGB. §§ 1065, 1027, 1029) auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen Klage erhoben ist und der Beklagte behauptet, daß er (z. B. als Mieter oder Pächter) die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts (z. B. einer Grunddienstbarkeit) eines dritten (z. B. des Eigentümers des angeblich herrschenden Grundstücks) vorgenommen habe. ZPO. § 77.

VII. Eigentümliche Verwendung hat der § 76 ZPO. im § 9 des Reichsgesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 gefunden. Die Klage auf Löschung eines Zeichens ist nach dem § 9[3] gegen den eingetragenen Inhaber oder seinen Erben zu richten; hat nun vor oder nach der Klagerhebung ein Übergang des Warenzeichens stattgefunden, so ist nach Analogie des § 76 ZPO. der Rechtsnachfolger befugt, an Stelle des Beklagten mit dessen Zustimmung in den Prozeß einzutreten. § 9[4].

---

[5]) Literaturübersicht bei Struckmann-Koch zu § 76 ZPO. Nr. 7.

[6]) Kannengießer a. a. O. Hinsichtlich des gemeinen Rechts s. im übrigen Wetzell S. 54 ff.

Neuntes Buch.

Kostenpflicht.[1]

§ 115.

Vorbemerkung. Im folgenden soll die Rede sein von der Kostenlast („Kostenpflicht") der Parteien in ihrem Verhältnis zueinander; von der Frage, welche Partei und inwieweit sie die Prozeßkosten zu tragen, d. h. aus eigenem Vermögen zu bestreiten und, sofern sie zunächst dem Gegner erwachsen sind, diesem zu ersetzen habe.

Davon verschieden ist die Frage, welche Partei dem Gerichte gegenüber zunächst verpflichtet sei, die Kosten zu zahlen (im voraus oder nachträglich). Darüber und über die Bemessung der Gerichtskosten und Gebühren ist im Abschnitt von dem Kostenwesen zu handeln.

Auf die Verpflichtung zur Kostenerstattung ist die Bewilligung des Armenrechtes (ZPO. §§ 114 ff.) ohne Einfluß. ZPO. § 117. Das Armenrecht wird daher gleichfalls im Zusammenhang mit dem Kostenwesen behandelt werden.

Auch die allgemeinen Bestimmungen über prozessuale Sicherheitsleistungen (ZPO. §§ 101 ff.) sollen erst später ihre Erörterung finden.

Was die Bemessung der Gerichtskosten angeht, so sei einstweilen nur so viel vorausgeschickt, daß Gebühren nicht für die einzelnen Prozeßhandlungen berechnet werden, sondern für gewisse Hauptakte des Rechtsstreites: für die kontradiktorische Verhandlung (Verhandlungsgebühr), für die Anordnung einer Beweisaufnahme (Beweisgebühr), für eine andere Entscheidung (Entscheidungsgebühr), daß die Höhe dieser „Pauschalgebühren" sich nach dem Werte des Streitgegenstandes bemißt und daß sie je nach der Gestaltung jener Akte bald zu ihrem vollen Betrag („volle Gebühr"), bald nur zu einem Bruchteil erhoben werden; z. B. nur die halbe Beweisgebühr, wenn die angeordnete Beweisaufnahme überhaupt nicht (nicht ganz und nicht teilweise) erfolgt ist, nur drei Zehntel der Entscheidungsgebühr, wenn die Entscheidung auf Grund eines Anerkenntnisses oder Verzichtes erlassen wird.

I. Prozeßkosten heißen die Aufwendungen, die den Parteien der Prozeß verursacht.

1. Sie bestehen in Gebühren, die an die Gerichte oder an Personen, deren sich die Parteien zu ihrer Prozeßführung bedienen (wie namentlich Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher), zu leisten sind, und in sonstigen Ausgaben, zu denen die Prozeßführung nötigt (z. B. die Kosten der Reise zu einem Termin, Ausgaben für Ermittlung, Herbeischaffung, Sicherung von Beweismitteln, für Ausstellung und Beglaubigung einer Vollmacht).

2. Sie sind teils gerichtliche, d. h. bestehen in Zahlungen, die an die Gerichte zu leisten sind (und dazu gehören auch die Gebühren, auf welche die Zeugen und Sachverständigen Anspruch haben), teils sind außer-

---

[1]) Planck § 69. Schmidt § 160. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis § 20. Bezüglich der Einzelfragen in dieser praktisch so wichtigen Materie muß hier auf die Komment. zu §§ 91 ff. ZPO. verwiesen werden.

gerichtliche, sind an andere Personen (Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher u. s. w.) zu leisten.

3. Zu den Kosten des Rechtsstreites gehören auch Aufwendungen, die *vor* der Klagerhebung für den künftigen Rechtsstreit gemacht sind.

Also z. B. auch die Kosten einer Beweissicherung (ZPO. § 485), eines Gesuches um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§ 37); *nicht* aber Kosten einer Kündigung, einer Mahnung.

Nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung gehören zu den Kosten des Rechtsstreites auch die Kosten eines Mahnverfahrens, an das er sich anschließt, ZPO. § 698, die Kosten eines vorangegangenen gerichtlichen Sühneversuches, ZPO. §§ 510, 608. Vgl. auch § 506.

Das Arrestverfahren bildet ein in sich abgeschlossenes Verfahren, seine Kosten gehören daher nicht zu den Kosten des Rechtsstreites über den zu sichernden Anspruch selbst.

4. Die Pflicht der Partei, dem *Gegner* die ihm erwachsenen Prozeßkosten zu *erstatten*, ist auf die *notwendigen* Prozeßkosten beschränkt, auf diejenigen Kosten, die der Gegner zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig aufwenden mußte. ZPO. § 91.

Ob sie schon vom Gegner gezahlt oder noch geschuldet sind, ist für den Erstattungsanspruch gleichgültig.

Ob sie notwendig waren, beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen, und zwar ist dafür der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Handlung vorgenommen wurde, welche die Kosten veranlaßt hat; es kommt darauf an, ob *damals* die Partei (oder ihr Vertreter) die Handlung für notwendig halten durfte.

Für *nicht* notwendig können insbesondere die Mehrkosten erachtet werden, die daraus entstanden sind, daß der Kläger seinen Anspruch statt in *einer* Klage in mehreren Teilklagen geltend gemacht hat.

Das richterliche Ermessen wird durch die Bestimmungen des § 91^2 ZPO. beschränkt.

1) Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozessen, auch in Parteiprozessen zu erstatten, ohne daß zu prüfen wäre, ob die Zuziehung eines Rechtsanwaltes notwendig war. Wird aber die Erstattung der Reisekosten eines *auswärtigen* Rechtsanwaltes verlangt, so hat wiederum das Gericht zu prüfen, ob seine Zuziehung (die Zuziehung eines Anwaltes überhaupt und gerade eines auswärtigen) notwendig war. Die Mehrkosten, die einer Partei im Anwaltsprozesse daraus entstehen, daß ihr Rechtsanwalt nicht am Gerichtsorte wohnt, sind ihr keinenfalls zu erstatten. RAO. § 18^4.

2) Die Kosten *mehrerer* Anwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie nicht die Kosten *eines* Rechtsanwaltes übersteigen oder ein Wechsel in der Person des Rechtsanwaltes nötig war (z. B. bei Tod, Verlust der Anwaltseigenschaft; ob bei Kündigung, hängt von den Umständen ab).

Eine besondere Bestimmung hinsichtlich der Zustellungsweise s. ZPO. § 197. Vgl. oben S. 279.

5. Die Kostenerstattung umfaßt auch die Entschädigung des Gegners für die *Zeitversäumnis*, die ihm durch notwendige Reisen oder durch

die notwendige Wahrnehmung von Terminen (Verhandlungs-, Beweisterminen) entstanden ist; die Entschädigung bemißt sich nach den für die Entschädigung von Zeugen (Geb.O. §§ 2, 5) geltenden Vorschriften.

II. Der oberste Grundsatz über die Kostenlast ist der:

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreites zu tragen. ZPO. § 91.

Wenn keine Partei vollständig, wenn jede Partei nur teilweise unterliegt und teilweise obsiegt, so hat jede auch nur teilweise die Prozeßkosten zu tragen. ZPO. § 92[1].

Das aber kann auf zweierlei Weise geschehen: entweder die Kosten werden „gegen einander aufgehoben" oder sie werden verhältnismäßig geteilt.

Werden die Kosten aufgehoben („Kostenvergleichung", „Kostenkompensation"), so fallen die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last; im übrigen trägt jede Partei die ihr erwachsenen Kosten selbst, ohne Erstattungsanspruch.

Eine Verteilung der Prozeßkosten („Kostenrepartition") ist wiederum in verschiedener Weise möglich, entweder so, daß einer Partei eine bestimmte Summe, der anderen der Rest auferlegt wird, oder so, daß von den gesamten Prozeßkosten jeder Partei ein bestimmter Bruchteil (Quote) zur Last fällt, oder endlich auch so, daß eine Partei verurteilt wird, dem Gegner einen bestimmten Bruchteil der ihm erwachsenen Kosten zu erstatten, während im übrigen die Kosten aufgehoben werden.

Was den Verteilungsmaßstab angeht, so kommt es nicht allein darauf an, inwieweit jede Partei unterliegt oder obsiegt, sondern auch auf Umfang und Kosten der einzelnen Prozeßhandlungen, besonders der Beweisaufnahmen.

Das Gericht kann aber einer Partei allein die gesamten Prozeßkosten, bei nur teilweisem Obsiege des Gegners, auferlegen, wenn die Zuvielforderung des Gegners eine verhältnismäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat oder wenn der Betrag der Forderung des Gegners (z. B. auf Schadensersatz) von der Festsetzung durch richterliches Ermessen oder von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war. ZPO. § 92[2].

„Teilweise" unterliegt eine Partei auch dann, wenn sie in Bezug auf eine Widerklage unterliegt (auch darin äußert sich die Einheit des Verfahrens, vgl. oben § 107 IV).

III. Nur von der Tatsache des Unterliegens, nicht von einer Verschuldung der unterliegenden Partei, ist die Kostenlast abhängig.

Die Prozeßkosten fallen derjenigen Partei zur Last, die sie durch ihr Verhalten objektiv veranlaßt hat.

Daraus erklärt sich auch die folgende Regel.

IV. Dem obsiegenden Kläger fallen die Prozeßkosten zur Last, wenn zwar der Klaganspruch begründet ist, aber der Beklagte zur Erhebung der Klage durch sein Verhalten keine Veranlassung gegeben hat, vorausgesetzt, daß er den Anspruch sofort anerkennt. ZPO. § 93.

Z. B. der Kläger hatte vor der Klagerhebung die Herausgabe der Sache nicht von dem gutgläubigen Eigenbesitzer oder dem Verwahrer verlangt; er hatte nicht gekündigt.

Die Bestimmung ist auch auf Feststellungsklagen anwendbar; ein rechtliches Interesse an der Feststellung kann begründet sein, auch ohne daß der Beklagte das Recht des Gegners ausdrücklich bestritten oder eines Rechtes sich ausdrücklich berühmt hat. Auch eine Feststellungsklage kann begründet, aber unveranlaßt sein.

Das Anerkenntnis genügt nicht, wenn der Beklagte doch den fälligen Anspruch des Klägers unerfüllt läßt; denn damit erscheint die Klagerhebung doch als veranlaßt.[2])

Nicht durch den Beklagten ist die Klagerhebung auch dann veranlaßt, wenn der Kläger einen auf ihn (durch Rechtsgeschäft oder Gesetz, z. B. durch Erbrecht, Abtretung, Verpfändung) übergegangenen Anspruch geltend macht und der Beklagte den Anspruch nur darum bestritten hat, weil ihm der Kläger nicht vor der Klagerhebung den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen (z. B. durch Erbschein, BGB. §§ 2353 ff., bes. § 2367, Abtretungsurkunde, BGB. § 410) nachgewiesen hat; ZPO. § 94; vgl. unten VIII 2.

V. Der obsiegenden Partei können die Prozeßkosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie absichtlicher- oder fahrlässigerweise durch nachträgliches Vorbringen (eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels, eines Beweismittels oder einer Beweiseinrede) die Erledigung des Rechtsstreites verzögert hat. ZPO. §§ 278[2], 283[2].

Die Kostenlast ist hier die Folge schuldhafter Prozeßverschleppung. Vgl. oben III und § 85 X.

VI. In gewissen Fällen findet eine Kostentrennung (Kostenseparation) statt.

Als „Kostentrennung" bezeichnet man es, wenn ein bestimmt abgegrenzter (durch bestimmte Prozeßvorkommnisse verursachter) Teil der Prozeßkosten aus der Gesamtheit der Prozeßkosten ausgeschieden und einer der Parteien ohne Rücksicht auf den Ausgang des Rechtsstreites auferlegt wird.

1. Erfolglosigkeit eines einzelnen Rechtsbehelfes.

a) Ist ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel (hier im weitesten Sinne verstanden: ein tatsächliches Vorbringen oder eine Bestreitung oder auch nur ein einzelnes Beweismittel oder eine Beweiseinrede) erfolglos geblieben, so können die Kosten desselben der Partei auferlegt werden, die sich seiner bedient hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt. ZPO. § 96.

b) Die Kosten eines erfolglos eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, die es eingelegt hat. ZPO. § 97[1].

Hat ein Rechtsmittel Erfolg gehabt, so gehören die Kosten der Rechtsmittelinstanz zu den Gesamtkosten des Rechtsstreites.

c) ZPO. § 75. Der aus dem Prätendentenstreit entlassene Beklagte ist in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu verurteilen. Vgl. unten IX.

2. Vom Kläger veranlaßte Bestreitung der Aktivlegitimation. ZPO. § 94.

Vgl. oben IV a. E. Dem Kläger, der einen auf ihn übergegangenen Anspruch geltend macht, ohne vor der Klagerhebung dem Beklagten den Übergang mitgeteilt und auf Verlangen nachgewiesen zu haben, fallen insoweit die Prozeßkosten zur Last, als der

---

[2]) Anderseits ist der § 93 nicht anwendbar, wenn der Beklagte den Anspruch zwar (vor der ersten mündlichen Verhandlung) erfüllt hat, aber ihn nicht anerkennt. ERG. Bd. 53 Nr. 82.

Beklagte durch die Unterlassung der Mitteilung oder des Nachweises veranlaßt worden ist, den Anspruch zu bestreiten.

3. Versäumung.

a) Die Partei, die einen (ihr ordnungsmäßig bekannt gegebenen) Termin oder eine (ordnungsmäßig in Lauf gesetzte) Frist versäumt, hat die dadurch entstandenen Kosten zu tragen. ZPO. § 95.

b) Ist gegen ein gesetzlicherweise ergangenes Versäumnisurteil der Einspruch eingelegt, so sind, auch wenn infolge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird, doch die durch die Versäumnis verursachten Kosten der säumigen Partei aufzuerlegen, ausgenommen nur diejenigen, die durch einen in der Einspruchsverhandlung erhobenen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind. ZPO. § 344. War das Versäumnisurteil nicht in gesetzlicher Weise ergangen, so gehen die Versäumungskosten in den Gesamtkosten des Rechtsstreites auf.

c) Die Kosten einer Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind. ZPO. § 238[3].

4. Schuldhaftes Verhalten.

a) Die Partei, welche die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen. ZPO. § 95.

Ein neuer Termin kann insbesondere nötig werden infolge mangelhafter Vorbereitung der mündlichen Verhandlung (ZPO. §§ 129, 132, 272) oder mangelhafter Ladung oder wegen Nichtbeobachtung der Einlassungsfrist.

Die Kostentrennung erscheint hier als Mittel gegen Prozeßverschleppung, vgl. oben § 51 IV 3.

b) Wenn eine Partei in der Berufungsinstanz auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt (ZPO. § 529, vgl. oben § 99 III), das sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz hätte geltend machen können, so können ihr die Kosten der Berufungsinstanz ganz oder teilweise auferlegt werden. ZPO. § 97[2].

Es ist gleichviel, ob das neue Vorbringen (Tatsache oder Beweismittel) in der ersten Instanz überhaupt nicht geltend gemacht oder hier als prozeßverschleppend (§§ 279, 374, 433) zurückgewiesen worden ist.

Wäre der neu vorgebrachte Umstand aber schon von Amts wegen zu beachten gewesen, so kann es der Partei nicht zum Schaden gereichen, daß sie ihn nicht geltend gemacht hat.

5. Die Kosten der Revisionsinstanz sind in den Fällen, in denen die Revision im fiskalischen Interesse ausnahmsweise zugelassen ist (§ 547 Nr. 2), dem obsiegenden Fiskus aufzuerlegen, wenn sein Vertreter die Revision eingelegt hat und der Wert des Streitgegenstandes nicht über 300 Mark beträgt. ZPO. § 97[3].

VII. Kommt es nicht zu einer Entscheidung über die Klage, weil die Klage zurückgenommen wird, so fallen die Prozeßkosten dem Kläger zur Last. ZPO. § 271[3] (vgl. oben § 90 IV). Ebenso hat die Zurücknahme eines Rechtsmittels die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. ZPO. §§ 515, 556.

Kommt es nicht zu einer Entscheidung über den Klaganspruch, weil er sich nach der Klagerhebung erledigt hat (durch Erfüllung, vgl. oben § 54 IV 3, oder auf sonstige Weise, z. B. bei einem unvererblichen Anspruch

durch den Tod des Berechtigten, s. auch ZPO. § 628, oder durch Endigung des Rechtsverhältnisses, dessen Aufhebung verlangt war), so hängt die Kostenlast davon ab, wie über den Anspruch zu entscheiden wäre, wenn er sich nicht erledigt hätte.

Eine nach der Klagerhebung vollzogene Aufrechnung[3]) steht an sich einer nachträglichen Erfüllung gleich. Aber konnte der Kläger vor der Klagerhebung aufrechnen, so war insofern die Klage unveranlaßt (ZPO. § 93). Kein zutreffender Grund,[4]) daß die Aufrechnung zurückwirke (BGB. § 389); denn danach müßten den Kläger die Kosten auch in dem Falle treffen, daß wohl der Beklagte, aber nicht er aufrechnen konnte. — Bei Eventualaufrechnung kommt ZPO. § 96 in Betracht. — Erledigt sich der Rechtsstreit durch Vergleich, so sind die Kosten des Vergleiches selbst, ebenso wie die Kosten des erledigten Rechtsstreites (soweit nicht schon über diese rechtskräftig erkannt ist), als gegeneinander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien etwas anderes vereinbart haben. ZPO. § 98.

VIII. Als durch den Ausgang des Rechtsstreites bedingt, entsteht die prozessuale Kostenpflicht mit der Erhebung der Klage. Das ist namentlich für den Konkurs von Bedeutung. KO. § 3[1].

Nach bürgerlichem Recht beantwortet sich die Frage, ob der Anspruchsberechtigte den Ersatz von Kosten beanspruchen kann, die er aufgewandt hat, um eine Klage vorzubereiten, die nicht erhoben wurde, weil sich der Anspruch schon vorher erledigt hat (z. B. er hatte bereits durch einen Rechtsanwalt eine Klagschrift anfertigen lassen). Vgl. insbesondere BGB. §§ 286, 823[1].

Ein solcher Anspruch ist mittels besonderer Klage geltend zu machen. Es kann aber dazu die Klagschrift benutzt werden, die schon zur Terminsbestimmung eingereicht, aber noch nicht zugestellt war, als sich der Anspruch erledigte;[5]) sofern nämlich der Anspruch auf Kostenersatz im Verhältnis zu dem erledigten Anspruch sich als Nebenforderung darstellt; es ist nur der Klagantrag entsprechend zu ändern.

IX. Die prozessuale Kostenlast kann, sofern sie vom Ausgange des Rechtsstreites abhängt, nur eine Prozeßpartei, nicht eine dritte Person treffen; und gerade auch in dieser Hinsicht wird von Bedeutung die Frage, ob eine Person selbst Partei oder Parteivertreter sei (vgl. oben § 22 I). In einem Zwischenstreit mit einem dritten aber ist der dritte Partei und kann in die Kosten des Zwischenstreites verurteilt werden.

So der Nebenintervenient: § 71, der Anwalt: § 135, der Zeuge, der Sachverständige: §§ 387, 402.

Etwas anderes ist es, daß materiellrechtlich für den Anspruch auf Kostenerstattung neben der Partei eine andere Person haften kann: der Bürge neben dem Hauptschuldner, BGB. § 767[2], der Ehemann neben der Ehefrau, s. insbesondere BGB. § 1388 (vgl. § 1387 Nr. 1) der Inhaber der elterlichen Gewalt neben dem Kinde, BGB. § 1654.

---

[3]) Sehr bestrittene Fragen! Literaturnachweisungen in den Komment. zu § 91 ZPO. z. B. Seuffert Nr. 5, Gaupp-Stein Note 27.

[4]) Dieses Argumentes bedient sich allerdings auch ERG. Bd. 50 Nr. 95.

[5]) Eine sehr streitige Frage! S. besonders Staub, Jur. Wochenschr. (1886) S. 210 f. Im übrigen s. die Komment. zu § 91 (Literaturübersicht z. B. bei Petersen-Anger Nr. 1, zweite Note.

Hat eine Person für eine Partei als *Geschäftsführer* ohne Auftrag oder als *Bevollmächtigter* ohne Beibringung einer *Vollmacht* gehandelt, und war *sie* einstweilen zugelassen, so ist, wenn zur Zeit der Erlassung des Endurteils die Genehmigung nicht beigebracht ist, *sie* zum Ersatz der infolge der Zulassung dem Gegner erwachsenen Kosten zu verurteilen. ZPO. § 89.[6]) War die *Klage* von einem Unbevollmächtigten erhoben und darum abzuweisen, so ist der unbefugte Vertreter in Hinsicht auf die Prozeßkosten als unterlegene *Partei* zu behandeln. (Vgl. oben § 89 I 1 d.)

Eigentümlich ist die Bestimmung des § 75, wonach der im Prätendentenstreit Unterliegende auch zur Erstattung der dem ursprünglich beklagten Schuldner entstandenen (nicht durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten) Kosten (einschließlich der Kosten der Hinterlegung) zu verurteilen ist, wiewohl der Schuldner ausgeschieden ist und zu dem auf seine Streitverkündigung beigetretenen Prätendenten überhaupt in keinem Parteiverhältnis gestanden hat.

Gerichtschreibern, gesetzlichen Vertretern, Rechtsanwälten und anderen Bevollmächtigern, sowie Gerichtsvollziehern *können* von Amts wegen die Kosten auferlegt werden, die sie durch *grobes* Verschulden veranlaßt haben. ZPO. § 102[2].

Z. B. ein Rechtsanwalt legt ein Rechtsmittel gegen eine unanfechtbare Entscheidung ein.

Die Verurteilung erfolgt durch das Gericht der Instanz, in welcher die Kosten *veranlaßt* worden sind. Die Entscheidung bedarf nicht vorgängiger mündlicher Verhandlung, aber der Beteiligte ist zu hören; sie ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar.

X. Trifft die Kostenlast *mehrere* Personen als *Streitgenossen* (ZPO. § 100), so haften sie für die Kostenerstattung, in der *Regel*, nach Kopfteilen. Sind sie aber am *Streitgegenstande* in *erheblich* verschiedenem Maße beteiligt, so kann, nach dem Ermessen des Gerichts, diese Beteiligung zum Maßstabe genommen werden. Werden mehrere Beklagte als Gesamtschuldner verurteilt, so erstreckt sich ihre Gesamthaftung auch auf die Pflicht zur Kostenerstattung.

Hat einer der Streitgenossen besonders ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so sind für die durch dasselbe veranlaßten Kosten die übrigen Streitgenossen nicht verhaftet; das gilt auch im Fall der Gesamthaftung, unbeschadet der Vorschriften des bürgerlichen Rechts (vgl. BGB. § 767[2]), wonach sich die Gesamthaftung auch auf solche Kosten erstreckt.

Es macht keinen Unterschied, ob die Streitgenossenschaft durch die Klage oder durch Verbindungsbeschluß hergestellt ist.

---

[6]) Gewiß ist diese Bestimmung nicht anwendbar auf einen von einer prozeß*unfähigen* Partei *bevollmächtigten* Vertreter. ERG. Bd. 53 Nr. 19.

Die Kosten, die durch die Beteiligung eines Nebenintervenienten verursacht sind, hat der Gegner zu tragen, soweit ihm überhaupt (nach ZPO. §§ 91—98) die Prozeßkosten zur Last fallen.

Und zwar sind sie ihm, nach der herrschenden Praxis, ausdrücklich im Urteil aufzuerlegen.

Soweit aber die unterstützte Partei unterliegt, sind sie dem Nebenintervenienten aufzuerlegen.

Der streitgenössische Nebenintervenient ist auch hinsichtlich der Prozeßkosten gleich einem Streitgenossen zu behandeln. § 101.

XI. Eine „Verurteilung in die Prozeßkosten", „zur Tragung der Prozeßkosten", kann nur in einem Endurteile (oder in einem Zwischenurteile zur Erledigung eines Zwischenstreites mit einem dritten), nicht in einem Zwischenurteile unter den Parteien erfolgen.

Wohl aber kann schon vorher durch Zwischenurteil die Kostenpflicht festgestellt werden (namentlich auf Grund des § 96 ZPO.).

In einem Teilurteil kann auch schon teilweise über die Prozeßkosten entschieden werden,[7]) es kann aber auch die Entscheidung bis zur völligen Erledigung des Rechtsstreites (bis zum letzten Teilurteil) ausgesetzt bleiben.

Wird über die Klage durch Urteil höherer Instanz entschieden, so ist darin auch über die gesamten Kosten des Rechtsstreites, auch die der ersten Instanz, zu entscheiden. — Wird aber die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die untere Instanz zurückgewiesen, so ist auch die Kostenentscheidung dem späteren Endurteil zu überlassen.

Daß ein Urteil, das noch nicht den Rechtsstreit erledigt, doch einer bestimmten Person gegenüber Endurteil sein kann (vgl. oben § 98 I 1), wird auch für die Kostenentscheidung bedeutsam. So ist, wenn infolge der Benennung des mittelbaren Besitzers der ursprüngliche Beklagte ausscheidet, der Kläger ihm zur Erstattung der Prozeßkosten zu verurteilen, denn er ist ihm gegenüber der unterliegende Teil. Sie sind aber wiederum von dem Benannten, falls er unterliegt, dem Kläger zu erstatten. — Wird die Aufnahme eines durch den Tod einer Partei unterbrochenen Verfahrens durch oder gegen einen angeblichen Rechtsnachfolger für unberechtigt erkannt, so muß auch über die durch das Aufnahmeverfahren verursachten Kosten entschieden werden (vgl. oben § 91 I).

In einem bedingten Endurteil kann auch schon eine bedingte Entscheidung über die Prozeßkosten gefällt, die Entscheidung kann aber auch dem Läuterungsurteil vorbehalten werden (ZPO. § 462).

In einem Vorbehaltsurteil ist auch über die Prozeßkosten zu entscheiden; wird es aufgehoben, so muß auch über die Kosten anderweit entschieden werden, ZPO. §§ 302[4], 541[2], 600[2].

Die Entscheidung über die Kostenlast kann nicht isoliert angefochten werden; ihre Anfechtung ist nur zulässig, wenn zugleich die Streitentscheidung, mit der sie verbunden ist, durch ein dagegen zulässiges Rechtsmittel angefochten wird. ZPO. § 99[1].

---

[7]) Darüber ist Streit. S. die Komment. zu § 91.

Sonst könnte die Kostenentscheidung der höheren Instanz auf Grund einer Beurteilung der Sache erfolgen, die mit der unanfechtbaren Sachentscheidung der unteren Instanz in Widerspruch stände.

Die „Entscheidung in der Hauptsache", von der § 99 redet, bildet hier nur den Gegensatz zu der „Entscheidung über den Kostenpunkt", kann also auch eine Entscheidung über prozeßhindernde Einreden sein.

Die bloße Einlegung des Rechtsmittels gegen die Streitentscheidung genügt nicht; denn für den Umfang der Anfechtung ist der in der mündlichen Verhandlung gestellte Antrag maßgebend (vgl. oben § 98 V 4). Daß durch eine unzulässige Anfechtung der Streitentscheidung nicht die Anfechtung der Kostenentscheidung zulässig werden kann, ist selbstverständlich. Ob aber die Anfechtung der Streitentscheidung Aussicht auf Erfolg habe, ist gleichgültig. Nicht unzulässig wird die Anfechtung der Streitentscheidung dadurch, daß sich nach der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren sie erfolgt, der Anspruch erledigt. (Es würde ja auch sonst die Kostenentscheidung in solchem Falle überhaupt unanfechtbar sein, was mit der Bestimmung des § 99[3] nicht in Einklang zu bringen wäre; allgemein einverstanden ist man darüber, daß, wenn nach Einlegung des Rechtsmittels sich der Anspruch erledigt, das Rechtsmittel nicht unzulässig wird.)

Eine Ausnahme macht das Anerkenntnisurteil; die darin enthaltene Kostenentscheidung (beachte ZPO. § 93) kann selbständig angefochten werden. ZPO. § 99[2].[8])

Ist überhaupt keine Streitentscheidung, sondern nur eine Entscheidung über den Kostenpunkt (bei Klagrücknahme, Erledigung des Anspruchs) ergangen, so kann diese angefochten werden, aber, obwohl Urteil, nicht durch Berufung oder Revision, sondern durch sofortige Beschwerde. ZPO. § 99[3]. Vgl. dazu oben § 101 VI 3.

XII. Der Betrag der zu erstattenden Kosten ist, sofern sich die Parteien nicht darüber einigen, durch gerichtliche Entscheidung festzusetzen. Die Festsetzung erfolgt im amtsgerichtlichen Verfahren zugleich mit der Entscheidung über die Kostenlast (im Urteil), wenn der Betrag sofort ermittelt werden kann.

Die Festsetzung kann nur mit sofortiger Beschwerde angefochten werden.

Abgesehen davon bedarf es zur Festsetzung des zu erstattenden Kostenbetrages eines „Festsetzungsverfahrens". ZPO. §§ 104 ff.

Dasselbe dient nur der Festsetzung des zu erstattenden Betrages; der Erstattungsanspruch selbst muß sich aus einem rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteile oder einem anderen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel ergeben. § 104[1].

Das Festsetzungsgesuch ist schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtschreibers beim Gericht erster Instanz anzubringen, unter Beifügung der Kostenberechnung, einer Abschrift derselben (die zur Mitteilung an den Gegner bestimmt ist), sowie der zur Rechtfertigung der einzelnen Kostenansätze dienenden Belege, § 104. Sind die Prozeßkosten

---

[8]) Mit der Berufung — der Revision. Der Revision unterliegt auch das Berufungsurteil, wenn mit der Berufung ein Anerkenntnisurteil erster Instanz lediglich in Bezug auf den Kostenpunkt angefochten war. ERG. Bd. 48 Nr. 81.

ganz oder teilweiſe nach Quoten verteilt, ſo hat die Partei vor Anbringung des Feſtſetzungsgeſuchs den Gegner aufzufordern, ſeine Koſtenberechnung innerhalb einer Woche beim Gericht einzureichen. Nach fruchtloſem Ablauf dieſer Friſt erfolgt die Entſcheidung ohne Rückſicht auf die Koſten des Gegners; dieſer kann ſeinen Erſtattungsanſpruch noch nachträglich geltend machen, trägt aber die durch das nachträgliche Verfahren entſtandenen Koſten, § 106.

Die Entſcheidung bedarf nicht vorgängiger mündlicher Verhandlung, ergeht in Form eines Beſchluſſes („Feſtſetzungsbeſchluß") und iſt mit ſofortiger Beſchwerde anfechtbar, § 105[1 4].

Zu prüfen iſt, ob die angeſetzten Koſten wirklich entſtanden, ob ſie notwendige Koſten und ob ſie den Gebührenordnungen entſprechend berechnet ſind. (Bei dieſer letzteren Prüfung kann ſich das Gericht der Hilfe des Gerichtſchreibers bedienen, § 105[2].) Zur Berückſichtigung eines Anſatzes genügt, daß er glaubhaft gemacht iſt, § 105[3]. Nicht bindend iſt die Beſtimmung des Wertes des Streitgegenſtandes, welche der Koſtenfeſtſetzung (hinſichtlich der Gerichts- und der Anwaltsgebühren, GKG. §§ 8 ff., Geb.O. f. RA., §§ 9 ff.) zu Grunde liegt; wird durch eine nachträgliche Entſcheidung dieſer Wert in abweichender Weiſe beſtimmt, ſo kann auch eine entſprechende Änderung der Koſtenfeſtſetzung verlangt werden. S. darüber § 107.

Vierter Teil.

Besondere Prozeßarten.[1]

Erstes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 116.

Urkundenprozeß.[2]

I. Der Urkundenprozeß, von dem der Wechselprozeß eine Unterart bildet, dient dem Interesse des Klägers an schleuniger Rechtsverfolgung, indem er, bei sofort urkundlich erwiesenem Klaggrunde, im übrigen, insbesondere also auch zum Zwecke der Verteidigung, keine andere Art des Beweises als Urkundenbeweis (und zwar durch sofort vorzulegende Urkunden) und Eideszuschiebung zuläßt. Es folgt daraus weiter, daß der Urkundenprozeß nicht immer gleich zu einer endgültigen Entscheidung führen kann; denn dem verurteilten Beklagten, der den Klaganspruch bestritten hat, muß die Möglichkeit gegeben sein, in einem nachträglichen (ordentlichen) Verfahren seine Verteidigung mit allen ihm zu Gebote stehenden Beweismitteln zu führen und darzutun, daß seine Verurteilung materiell ungerechtfertigt sei.

Man kann daher sagen, daß der Urkundenprozeß als solcher nur auf Erlangung eines Vollstreckungstitels, nicht notwendig auf eine Entscheidung mit materieller Rechtskraft, daß er auf Verurteilung und nicht notwendig auch auf Feststellung gerichtet sei.

Der Urkundenprozeß als solcher dreht sich hienach im wesentlichen

---

[1]) Vgl. dazu oben § 16. Das — ganz eigenartige — Aufgebotsverfahren ist hier ausgeschaltet und wird, der Legalordnung entsprechend, nach der Zwangsvollstreckung behandelt.

[2]) Komment. zu ZPO. §§ 592 ff. Schmidt § 129. Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß (1887). Gösch, Z. Bd. 12 S. 188 ff. Kohler, Forschungen S. 113 ff.

nicht darum, ob der geltend gemachte Anspruch bestehe, sondern ob er nach den für den Urkundenprozeß geltenden eigentümlichen Regeln zunächst als bestehend anzunehmen und darum das Verlangen seiner sofortigen Realisierung gerechtfertigt sei. Die eigentümlichen Voraussetzungen der Klage im Urkundenprozeß sind also nicht „Prozeßvoraussetzungen", nicht prozessuale Voraussetzungen der Klage in dem Sinne, daß es von ihnen abhinge, ob die Klage überhaupt zu einer Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch zu führen vermöge; sie sind auch nicht materiellrechtliche Voraussetzungen, nicht Voraussetzungen des Leistungsanspruches, sondern sie sind besondere Klagbarkeitsvoraussetzungen, Voraussetzungen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches gerade im Wege des Urkundenprozesses, diese besondere Art der Klagbarkeit, bedingt ist.

II. Der Urkundenprozeß schließt sich, seinem Grundgedanken nach, an den Exekutivprozeß des gemeinen Prozeßrechtes[3]) an, dessen Wurzeln in der mittelalterlichen italienischen Praxis (des 12. und 13. Jahrhunderts) gelegen sind. Von dieser wurde nämlich der Satz des römischen Rechtes: „confessus pro iudicato habetur", dazu benutzt, mit Hilfe eines Scheinprozesses, dem Gläubiger das Recht sofortiger Zwangsvollstreckung zu verschaffen; Gläubiger und Schuldner erscheinen vor dem Richter, der Schuldner erkennt auf Befragen des Richters die von dem Gläubiger behauptete Forderung an; darauf erläßt der Richter einen Zahlungsbefehl, auf Grund dessen sofort die Exekution eingeleitet werden kann. Zur Ablegung einer solchen confessio pflegte sich der Schuldner in der über das Geschäft errichteten notariellen Urkunde unter Konventionalstrafe zu verpflichten. Später legte man dem Notar als „iudex cartularius" die Befugnis bei, ein dem Schuldbekenntnis entsprechendes praeceptum de solvendo in die Urkunde selber aufzunehmen (sogen. „clausula guarentigiae", daher auch „instrumenta guarentigiata", d. h. „garantierte", mit besonderer Sicherheit versehene, Urkunden; im gemeinen Prozeßrecht wurde der Ausdruck auf alle Urkunden ausgedehnt, welche die Forderung ohne weiteres liquid stellen). Endlich wurde im italienischen Statutarrecht das Recht parater Exekution mit allen öffentlichen Urkunden verknüpft, ja sogar mit privaten Urkunden, deren Echtheit vom Schuldner anerkannt war. Mit anderen Worten: das urkundliche Schuldbekenntnis gilt einer gerichtlichen confessio gleich. Zur Einleitung des Exekutionsverfahrens bedarf es aber nun doch wieder eines gerichtlichen Zahlbefehles und dem Schuldner wird gestattet, durch sofort liquid zu stellende Einwendungen die Zwangsvollstreckung abzuwenden. In Deutschland wurde dies Verfahren umso williger rezipiert, als der Gedanke, daß verbriefte Schuld zu sofortiger Zwangsvollstreckung berechtige, auch dem einheimischen Rechte nicht fremd war. Seine nähere Ausgestaltung erhielt es zuerst durch die sächsische Gesetzgebung und Praxis. Danach kann, wer den Grund seiner Forderung durch Urkunden zu erweisen vermag, auf sofortige Exekution antragen (daher auch die Bezeichnung Exekutivprozeß); der Gegner hat sich über die Echtheit der Urkunden zu erklären; und steht diese fest, so wird er unter Androhung der Exekution zur Zahlung verurteilt, sofern er nicht Einwendungen vorbringt, die er gleichfalls sofort durch Urkunden zu erweisen vermag. Mit anderen Einwendungen wird er nicht gehört, er kann sie nur nachträglich, nachdem er gezahlt hat, im Wege besonderer Klage bei demselben Gericht geltend machen („solve et repete").

---

[3]) Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses (1845). Bayer, Theorie der summar. Prozesse (7. Aufl.) 1859, §§ 40 ff.

In der gemeinrechtlichen Prozeßlehre[4]) erscheint der Exekutivprozeß als eine Unterart des sogen. bestimmt summarischen Prozesses (im Unterschied von dem „unbestimmt summarischen", der nur durch formelle Beschleunigung ausgezeichnet ist). Die gemeinsame Eigentümlichkeit der „bestimmt summarischen" Prozeßarten besteht darin, daß sie zu Verurteilung und Exekution oder doch zu zwangsweiser Sicherung führen können, obwohl ein Anspruch noch nicht festgestellt, sondern nur wahrscheinlich gemacht ist.

(Es ist weder durchweg richtig, daß doch wenigstens die an sich anspruchsbegründenden Tatsachen vollbewiesen sein müßten — so Briegleb; denn es trifft nicht zu für den Arrestprozeß; noch ist es durchweg richtig, daß es genüge, wenn die erheblichen Tatsachen nur wahrscheinlich gemacht seien — so Wetzell; denn es trifft nicht zu für den Exekutivprozeß.)

III. Zulässigkeit des Urkundenprozesses. ZPO. § 592.

1. Der Klaganspruch muß

a) ein Leistungsanspruch sein; im Urkundenprozeß kann keine Klage auf Feststellung, wohl aber Klage auf Verurteilung zu künftiger Leistung (ZPO. §§ 257—259) erhoben werden.

Eine Feststellungsklage — also auch eine Zwischenfeststellungsklage (ZPO. § 280) — ist im Urkundenprozeß darum nicht möglich, weil Feststellung nicht sein wesentlicher Zweck, sein Ergebnis möglicherweise eine bloß vorläufige Entscheidung ist; vgl. oben I. Aus diesem Grunde eignet er sich auch nicht für eine Konkursfeststellungsklage. KO. § 146.[5])

b) Der Anspruch muß auf Zahlung einer Geldsumme, und zwar einer bestimmten Geldsumme, oder auf Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen (BGB. § 91, namentlich auch einer bestimmten Quantität von Wertpapieren)[6]) gerichtet sein.

c) Gleichgültig ist, ob Leistung aus dem Gesamtvermögen des Beklagten beansprucht wird oder nur aus einer bestimmten Vermögensmasse (z. B. einem Nachlaß bei beschränkter Erbanhaftung) oder nur aus einem bestimmten Vermögensgegenstande: als ein Anspruch auf Geldzahlung „gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld". ZPO. § 592 Satz 2.

Der Klagantrag muß nicht notwendig auf Verurteilung zu einer Leistung gehen; er kann auch auf bloße Duldung der Zwangsvollstreckung (ZPO. §§ 737, 739, 743, 745, 748) gerichtet sein; der Anspruch ist darum nicht weniger ein Leistungsanspruch.

Der Klagantrag kann auch auf Verurteilung zur Leistung gegen eine Gegenleistung (Erfüllung Zug um Zug) gerichtet sein; der Leistungsanspruch ist darum nicht weniger ein bestimmter.

---

[4]) Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859) Kap. 4 ff. gegen Wetzell, System § 29 und Krit. Jahrb. für deutsche Rechtswissenschaft von 1848, S. 769 ff., Wach, Der italienische Arrestprozeß (1868) § 19.

[5]) Das ist allerdings sehr streitig. Vgl. darüber L. Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 269.

[6]) Nicht kann im Urkundenprozeß ein Anspruch auf Rückgabe speziell bestimmter Wertpapiere erhoben werden. ERG. Bd. 10 Nr. 101.

Das ist bestritten und allerdings sehr zweifelhaft.[7]) Ausschlaggebend erscheint jetzt, daß (nach den Bestimmungen der Novelle) die Gegenleistung erst bei der Zwangsvollstreckung in Frage kommt (ZPO. §§ 756, 765), also nicht Gegenstand der Entscheidung im Urkundenprozesse ist. Die Gegner machen hauptsächlich Argumente geltend, die der Vorgeschichte des Gesetzes entnommen sind.

d) Gleichgültig ist auch der Grund des Anspruches.

2. Die sämtlichen anspruchsbegründenden Tatsachen müssen durch Urkunden beweisbar sein; und zwar kann der Beweis nicht anders als durch Vorlegung der Urkunden angetreten werden (ZPO. § 595[3], vgl. unten V).

a) Ein Urkundenbeweis im Sinne der §§ 415 ff. ZPO. muß geführt sein (gleichviel ob mit öffentlichen oder mit Privaturkunden), für die Beweiswürdigung gelten keine anderen Regeln, wie auch im ordentlichen Verfahren.[8])

b) Sämtliche Tatsachen, die der Kläger, als anspruchsbegründend, zu beweisen hat, müssen durch Urkunden bewiesen werden, insbesondere auch die zur Sachlegitimation erforderlichen Tatsachen (z. B. Erbeneigenschaft, Abtretung der Forderung),[9]) Tatsachen, von denen die Fälligkeit des Anspruchs abhängt (z. B. Kündigung, Eintritt einer aufschiebenden Bedingung).

Von besonderer Bedeutung wird also hier die Frage, ob eine Tatsache eine replikbegründende oder eine klagbegründende sei. Vgl. oben §§ 34, 38.

Zur Begründung eines Anspruchs aus zweiseitigem Vertrage hat der Kläger nicht zu behaupten, daß er geleistet oder die Leistung angeboten habe (es sei denn, daß er zur Vorleistung verpflichtet wäre); s. BGB. §§ 320, 322.

Nicht klagbegründende Tatsachen aber sind die klagveranlassenden, die nur für die Kostenpflicht (ZPO. § 95) von Erheblichkeit sind, nicht die prozessualen Voraussetzungen der Klage, aber auch nicht die Klagbarkeitsvoraussetzungen (insbesondere s. ZPO. § 259).

Offenkundige Klagtatsachen bedürfen keines Beweises, und auch gerichtliches Geständnis macht den Urkundenbeweis einer Klagtatsache überflüssig.[10]) ZPO. §§ 291, 288.

---

[7]) Stein § 10. Die Frage wiederholt sich bei der exekutorischen Urkunde (ZPO. § 749 Nr. 5), darüber Kohler, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 72 S. 25 ff.

[8]) Möglich z. B. auch der Beweis mit nicht unterschriebenen Privaturkunden, namentlich gedruckten Zinscoupons ohne — gedruckte oder faksimilierte — Unterzeichnung. ERG. Bd. 2 Nr. 120.

[9]) Die Behauptung einer Rückzession aber — gegenüber der Behauptung des Beklagten, der Kläger habe seine Forderung zediert — ist Replik; ERG. Bd. 27 Nr. 97.

[10]) So auch ERG. Bd. 12 Nr. 29, Bd. 30 Nr. 124. Nach anderer Auffassung ist nach ZPO. § 597 die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft abzuweisen, wenn eine Klagtatsache nicht urkundlich bewiesen ist, sollte sie auch gerichtlich zugestanden sein. S. darüber die Komment. zu ZPO. § 597, Stein S. 99 ff. Aber die gerichtlich zugestandene steht der offenkundigen Tatsache insofern gleich, als sie des Beweises nicht bedarf. Auch ist allgemeines Einverständnis darüber, daß es bei Anerkenntnis des Klaganspruches auf den Urkundenbeweis der Klagtatsachen nicht ankomme; das Anerkenntnis des Klaganspruches aber könnte ebensowenig wie das Geständnis einer einzelnen Tatsache ein mangelndes Erfordernis des Urkundenprozesses — wenn es sich um ein solches handelte — ersetzen. — Zweifellos ist, daß ein Versäumnisurteil

IV. Andere als die klagbegründenden Tatsachen können nur entweder gleichfalls durch Urkunden oder durch Eideszuschiebung bewiesen werden. Nur in solcher Weise können insbesondere bewiesen werden: Einwendungen des Beklagten, vom Kläger zu beweisende Tatsachen, die nicht zu den anspruchsbegründenden gehören, wie prozessuale Voraussetzungen der Klage (Prozeßvoraussetzungen),[11]) Klagbarkeitsvoraussetzungen, Repliken.

Urkunden und Eideszuschiebung sind auch die beiden einzigen Beweismittel, die zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden zulässig sind.

Alle anderen Beweisarten (insbesondere also Zeugenbeweis, auch Schriftenvergleichung) sind hienach vom Urkundenprozesse ausgeschlossen.[12]) Ausgeschlossen ist auch der richterliche Eid, da durch Urkunden der Beweis vollständig geführt sein muß. ZPO. § 597[2].

Des Beweises aber bedarf es nur im Fall einer Bestreitung.[13])

V. Der Urkundenbeweis muß durchweg ein schleuniger sein; er kann nur durch Vorlegung der Urkunde[14]) (ZPO. § 420, nicht durch Editionsantrag ZPO. §§ 421 ff., nicht nach ZPO. §§ 428, 432) angetreten werden. ZPO. § 495[3].

VI. Verteidigungsmittel des Beklagten, die im Urkundenprozeß nicht berücksichtigt werden können, weil ein dem Beklagten obliegender Beweis nicht mit den hier zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist (nicht bloß materiellrechtliche Einwendungen, sondern z. B. auch die Behauptung, daß eine Urkunde gefälscht oder verfälscht sei, oder daß der Inhalt einer öffentlichen Urkunde unrichtig sei), sind als im Urkundenprozeß unstatthaft zurückzuweisen. ZPO. § 598.[15])

VII. Im übrigen hat das Verfahren im Urkundenprozeß die folgenden formellen Besonderheiten.

1. Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozesse geklagt werde. ZPO. § 593[1].

2. Die Urkunden, die zum Beweis der klagbegründenden Tatsachen

---

gegen den Beklagten nicht ergehen kann, wenn es an dem Urkundenbeweis für eine Klagtatsache mangelt. Und auch wenn der erschienene Beklagte auf eine einzelne nicht urkundlich bewiesene Klagtatsache sich überhaupt nicht erklärt, so hindert ihn das nicht, zu verlangen, daß die Klage als im Urkundenprozeß unstatthaft abgewiesen werde.

[11]) So auch (speziell für die Einrede der Rechtshängigkeit) ERG. Bd. 17 Nr. 78. Nach anderer Ansicht gilt für die „Prozeßvoraussetzungen" überhaupt keine Beweisbeschränkung, Stein S. 199 ff.; vgl. die Komment. zu ZPO. § 595; aber das widerstreitet dem Zweck des Urkundenprozesses.

[12]) Eine Ausnahme wird behauptet hinsichtlich der Prozeßvoraussetzungen, s. die vorhergehende Note.

[13]) Darüber besteht hinsichtlich der Echtheit der Urkunden wie aller anderen Tatsachen, die nicht zu den klagbegründenden gehören, keine Meinungsverschiedenheit.

[14]) Gewiß also auch durch Vorlegung von Prozeßakten, Untersuchungsakten, ERG. Bd. 8 Nr. 9.

[15]) Aber nur in den Urteilsgründen, nicht in der Urteilsformel.

dienen sollen, müssen in Urschrift oder in Abschrift entweder der Klage beigefügt werden oder einem vorbereitenden Schriftsatze, der aber so zeitig zuzustellen ist, daß bis zum Verhandlungstermin noch eine der Einlassungsfrist gleiche Zeit bleibt. ZPO. § 593[2].

Wird diese Frist nicht gewahrt, so kann der Beklagte Vertagung — nicht aber Abweisung der Klage — fordern. Darüber ist Streit. Nach der ursprünglichen Bestimmung der ZPO. allerdings mußten notwendig die Urkunden gleich der Klage beigefügt sein und war daher, wenn sie fehlten, die Klage, weil formell mangelhaft, abzuweisen. Jetzt aber ist die Beifügung der Urkunden überhaupt kein Klagerfordernis mehr und, wenn die Frist für ihre Zustellung nicht gewahrt ist, so kann das keine weitergehende Wirkung haben, als die Nichteinhaltung der Einlassungsfrist.

3. Im Urkunden- und Wechselprozeß sind ausländische Kläger zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet. ZPO. § 110 Nr. 2.

4. Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigern; das Gericht kann jedoch die abgesonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amts wegen anordnen. ZPO. § 594.

5. Widerklagen sind unstatthaft.

6. Die Leistung des Eides ist nicht durch Urteil (wodurch die Schleunigkeit des Verfahrens beeinträchtigt würde), sondern durch Beweisbeschluß anzuordnen. ZPO. § 595.

VIII. Das Verfahren mit Beweisbeschränkung, das *vorläufige* Verfahren, und das *ordentliche Nachverfahren* bilden nicht (wie nach gemeinem Prozeßrecht) zwei voneinander gesonderte Prozesse, sondern sind zu einem *einheitlichen* Prozesse miteinander verbunden, bilden zwei *Stadien desselben* Verfahrens.

Durch die Klage im Urkundenprozeß wird der Leistungsanspruch rechtshängig, nicht bloß für das vorläufige, sondern auch gleich schon für das ordentliche Verfahren: es entstehen die Wirkungen der Rechtshängigkeit in vollem Umfange und gleich für den ganzen das vorläufige und das eventuelle Nachverfahren umfassenden Rechtsstreit.[16])

1. Der Kläger kann vom Urkundenprozeß *abstehen*, mit der Wirkung, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt; er kann es bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz, ohne daß es dazu der Einwilligung der Beklagten bedürfte. ZPO. § 596.[17])

Die Abstandserklärung ist in mündlicher Verhandlung abzugeben.[18]) Sie kann auch in Abwesenheit des Beklagten abgegeben werden, zu beachten dann aber ZPO. § 335[1] Nr. 3!

---

[16]) Polemik gegen die allerdings nicht glückliche Ausdrucksweise, daß die Klage gleich auch das ordentliche Verfahren anhängig mache, bei *Stein* § 3.

[17]) *Stein* § 33.

[18]) Sie ist *wesentlich* verschieden von einer Klagrücknahme; daher die analoge Anwendung des § 271[2] ZPO. (so *Struckmann-Koch*) nicht gerechtfertigt.

In der Berufungsinstanz ist keine Abstandsnahme mehr statthaft; sonst würde — für das ordentliche Verfahren — die zweite Instanz zur ersten werden.

Nicht kann von Amts wegen der Prozeß in das ordentliche Verfahren übergeleitet werden.

2. Die Entscheidung über die Klage[19]) kann unter Umständen gleich eine endgültige Entscheidung über den Anspruch sein, und zwar sowohl im Falle der Abweisung wie der Verurteilung.

a) Nur als im Urkundenprozeß unstatthaft ist die Klage abzuweisen, wenn es an den besonderen Voraussetzungen einer Verurteilung im Urkundenprozesse mangelt; also wenn es mangelt an den Voraussetzungen der Klagbarkeit im Urkundenprozesse, wenn insbesondere die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht sämtlich mit Urkunden bewiesen sind, oder wenn sonst ein dem Kläger obliegender Beweis (der Beweis einer Replikatsache oder der Beweis der Echtheit einer Urkunde) nicht vollständig mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln geführt ist. Die Abweisung erfolgt auch dann, wenn der Beklagte säumig ist oder sich gegen die Klage nur mit rechtlich unbegründeten Einwendungen oder in prozessualisch unstatthafter Weise verteidigt hat. ZPO. § 597[2].

Eine solche Abweisung ist keine Entscheidung über den Anspruch selbst und steht seiner erneuten Geltendmachung nicht entgegen.

Darüber, ob die Entscheidung über die Klagbarkeitsvoraussetzungen materieller Rechtskraft fähig s. oben § 61 B II 6.

b) Die Klage ist aber gleich endgültig abzuweisen, wenn der Kläger säumig ist (ZPO. § 330), oder wenn er auf den Anspruch verzichtet (ZPO. § 306), oder wenn der Anspruch, auch für die Beurteilung im ordentlichen Verfahren, sich als unhaltbar darstellt, sei es, daß er durch die Klagbehauptungen nicht gerechtfertigt, sei es, daß er durch eine begründete Einwendung des Beklagten entkräftet erscheint. Endgültige Abweisung erfolgt in diesen Fällen selbst dann, wenn die Klage an sich im Urkundenprozeß unstatthaft sein sollte.

c) Der Beklagte ist gleich endgültig zu verurteilen, wenn er den Anspruch anerkennt (ZPO. § 307; und zwar auch dann, wenn der Urkundenprozeß nicht statthaft sein sollte), und wenn er säumig ist; im Versäumnisfall aber ist zu prüfen, ob der Urkundenprozeß statthaft, insbesondere der Beweis der sämtlichen anspruchsbegründenden Tatsachen mit Urkunden geführt ist. Die Annahme des Zugeständnisses (ZPO. § 331) ist hier nur auf die Echtheit der Urkunden zu beziehen.[20])

d) Hat dagegen der Beklagte dem geltend gemachten Anspruche widersprochen, so kann er nur unter Vorbehalt verurteilt werden;

---

[19]) Stein §§ 27 ff.

[20]) So die herrschende Meinung. Für das abweichende Formular des Bierhausschen Formularbuchs Kurlbaum, Z. Bd. 3 S. 191 ff. Das Weizsäckersche Formularbuch S. 42 f. folgt der herrschenden Ansicht.

wird er verurteilt, so ist ihm die Ausführung seiner Rechte, und zwar in der Urteilsformel,[21]) vorzubehalten. ZPO. § 599[1].

Ob der Widerspruch überhaupt und wie er begründet wird, ist gleichgültig.

Fehlt der Vorbehalt, so kann der Beklagte das Urteil im Rechtsmittelwege anfechten oder seine Ergänzung (nach § 321) beantragen. § 599[2].

IX. Das ordentliche Nachverfahren.

Zufolge des Vorbehaltes bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig; in diesem entscheidet es sich, ob und inwieweit der in der Klage geltend gemachte, vorläufig als bestehend angenommene Anspruch in Wirklichkeit begründet, die Verurteilung des Beklagten materiell gerechtfertigt war.

1. Die Parteirollen bleiben unverändert, nicht wird, durch eine zweite Klage, ein neuer Rechtsstreit anhängig gemacht, sondern der bisherige Rechtsstreit wird im ordentlichen Verfahren fortgesetzt, und die Fortsetzung kann ebensowohl vom Kläger wie vom Beklagten betrieben werden. ZPO. § 600[1].[22])

2. In dem ordentlichen Nachverfahren können nun die Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel unbeschränkt geltend machen.

Der Vorbehalt deckt auch die nach § 279 ZPO. als verspätet zurückgewiesenen Verteidigungsmittel; ein besonderer Vorbehalt im Berufungsurteil (nach ZPO. §§ 540, 541) findet daneben nicht statt. ZPO. § 601.

Versäumte Erklärungen (über tatsächliche Behauptungen, über Urkunden, Eideserklärungen) können nachgeholt und die Versäumnisfolgen damit beseitigt werden. Anderseits behalten bindende Erklärungen (wie z. B. gerichtliches Geständnis, Eidesweigerung) und behält eine Eidesleistung auch für das Nachverfahren Geltung.

3. Das Vorbehaltsurteil ist, in Hinsicht auf das Gesamtverfahren, Zwischenurteil, und die darin enthaltenen Entscheidungen sind, soweit sie nicht durch die dem Urkundenprozeß eigentümliche Beweisbeschränkung bedingt sind, für das Nachverfahren bindend;[23]) sie sind bindend wie ein Zwischenurteil über ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Sinne des § 303 ZPO.

4. In Bezug auf die Zwangsvollstreckung aber gilt das Vorbehaltsurteil einem Endurteile gleich, darauf gerade beruht seine praktische Bedeutung, und es ist denn auch durch Rechtsmittel gleich einem End-

---

[21]) ERG. Bd. 47 Nr. 89.

[22]) Möglich ist das auch schon, bevor das Vorbehaltsurteil rechtskräftig geworden ist; aber es können sich dann Komplikationen daraus ergeben, daß die Endentscheidung vor dem Vorbehaltsurteil rechtskräftig wird (ähnlich wie in den Fällen der ZPO. §§ 275, 304, vgl. oben § 89 VIII 3).

[23]) So die Entscheidung, daß eine erhobene Einwendung materiell unbegründet sei. Selbstverständlich kann eine unbewiesen gebliebene Einwendung mit neuen Beweismitteln bewiesen, auch kann ihre mangelhafte Substanziierung ergänzt werden.

urteile anfechtbar. ZPO. § 599[3]. Ist es formell rechtskräftig geworden, so ist die Zwangsvollstreckung keine „vorläufige"; aber vorläufig ist die Verurteilung selbst, in dem Sinne, daß sie durch das Ergebnis des Nachverfahrens beseitigt werden kann.

5. Insoweit das Nachverfahren ergibt, daß der Anspruch berechtigt war, ist das verurteilende Erkenntnis aufrecht zu erhalten. Insoweit er sich als ungerechtfertigt herausstellt, ist das Vorbehaltsurteil aufzuheben, der Kläger mit seiner Klage abzuweisen und über die Kosten anderweit zu entscheiden; und auch im übrigen finden die Bestimmungen Anwendung, welche für den entsprechenden Fall (nach ZPO. § 302[4]) bei vorbehaltener Aufrechnung gelten. ZPO. § 600[2]. Vgl. oben § 54 II.

Bei Versäumnis einer Partei finden die Vorschriften über das Versäumnisurteil entsprechende Anwendung. § 600[3].

Das Vorbehaltsurteil steht, als Zwischenurteil, einem Versäumnisurteil nicht entgegen. Es kann aber das Vorbehaltsurteil, bei Versäumnis des Beklagten, nie aus dem Grunde aufgehoben werden, weil das tatsächliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag nicht rechtfertige (ZPO. § 331); da dem Antrage des Klägers, der nun dahin geht, das Vorbehaltsurteil aufrecht zu erhalten, entsprochen werden muß, soweit nicht das neue Ergebnis des ordentlichen Verfahrens entgegensteht.

§ 117.

Wechselprozeß.[1])

I. Der Wechselprozeß dient zur Geltendmachung von Ansprüchen aus Wechseln, d. h. von Ansprüchen, die sich auf den Wechselvertrag gründen, gleichviel übrigens, welches ihr Gegenstand ist. ZPO. § 602.

Also nicht bloß Ansprüche auf Zahlung der Wechselsumme oder der Regreßsumme, sondern auch auf Sicherheitsleistung nach WO. Artt. 25, 26, 29 (nach der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 26, vgl. EZPO. § 13[1] — unbestreitbar), der Anspruch auf Herausgabe der zum Akzept versandten Prima oder des Wechseloriginals nach WO. Artt. 68[2], 72[2], 98 Nr. 8. Die Beschränkung auf Ansprüche mit vertretbarem Gegenstand (ZPO. § 592) folgt nicht aus dem Wortlaute des § 602; denn wenn hier davon geredet wird, daß „im Urkundenprozeß" „Ansprüche aus Wechseln" geltend gemacht werden können, so ist dabei schwerlich die Beschaffenheit des Anspruchs als Besonderheit des Verfahrens gedacht.

II. Der Wechselprozeß ist eine Unterart des Urkundenprozesses (ZPO. § 602) mit folgenden Besonderheiten:

1. Zuständig ist sowohl das Gericht des Zahlungsortes, als auch das Gericht, bei dem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Sollen mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist

[1]) Sydow, Z. Bd. 2 S. 470 ff. Stein, Urkundenprozeß §§ 13, 26. Rehbein, Allgemeine deutsche Wechselordnung und Wechselprozeß (6. Aufl. 1900) S. 183 ff.

außer dem Gerichte des Zahlungsortes jedes Gericht zuständig, bei dem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.[2]) ZPO. § 603.

2. Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozesse geklagt werde. ZPO. § 604[1].

3. Einlassungsfrist und Ladungsfrist sind abgekürzt; auch in den höheren Instanzen. ZPO. § 604[2 3].

Und zwar sind sie verschieden bestimmt je nach dem Orte, an dem die Klage bezw. die Ladung zugestellt wird.

4. Zur Berücksichtigung von Nebenforderungen (vgl. WO. Artt. 50 bis 53) genügt Glaubhaftmachung. Die Eideszuschiebung wäre also nach ZPO. § 294 ausgeschlossen. Doch ist sie ausnahmsweise zulässig zum Beweise der Präsentation des Wechsels, insofern diese (bei auf Sicht oder eine bestimmte Zeit nach Sicht zahlbaren Wechseln) zwar zur Begründung des Anspruches auf Verzugszinsen (WO. Artt. 31, 32, vgl. 42), nicht aber zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruches[3]) erforderlich ist. § 605.

Zweites Buch.

Familienrechtliche und Statusprozesse.

§ 118.

Verfahren in Ehesachen.[1])

I. Die Besonderheiten des Verfahrens in Ehesachen beruhen in der Hauptsache darauf, daß an dem Rechtsverhältnis der Ehe, als der Grundlage der Familie und so auch des Staates, ein öffentliches Interesse beteiligt ist. Ob eine Ehe Rechtsbestand habe und behalte oder nicht, kann wegen dieses öffentlichen Interesses nicht dem Belieben der Beteiligten anheimgestellt werden. Darum ist insbesondere auch im Verfahren in Ehesachen der Einfluß beschränkt, den im ordentlichen Prozeß die Parteien auf die Bildung der Urteilsgrundlage (durch Anerkenntnis und Geständnis, Eideszuschiebung und Versäumnis) zu üben vermögen.

II. Ehesachen sind (ZPO. § 606):

1. Klagen auf Ehescheidung.

Eine Ehe kann nur durch gerichtliches Urteil aus einem der gesetz-

---

[2]) Nicht kommt also ZPO. § 36 Nr. 3 zur Anwendung.

[3]) Zur Erhaltung nämlich des Regreßanspruches nach WO. Artt. 41, 43 vgl. Artt. 98 Nr. 6, 99.

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 606 ff. Schmidt § 60 (Änderungen). Aus der Spezialliteratur: Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß (2. Aufl. 1900). v. Stengel, Bl. f. R.Anw. Bd. 66 S. 254 ff., S. 273 ff.

lich bestimmten Scheidungsgründe geschieden werden. BGB. § 1564. Den Ehescheidungsklagen gelten gleich die Klagen auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. ZPO. § 639, vgl. BGB. §§ 1575, 1576.

2. Klagen auf Nichtigerklärung einer Ehe gemäß BGB. § 1329.

3. Klagen auf Feststellung, daß zwischen den Parteien eine Ehe bestehe oder nicht bestehe.

Eine Feststellungsklage im Sinne des § 256 ZPO. ist auch in Bezug auf ein Eheverhältnis möglich. Als positive ist sie namentlich in der Richtung möglich, daß ein Nichtigkeitsgrund nicht vorhanden, die Ehe nicht nichtig sei. Als negative ist sie nur möglich, soweit nicht nach BGB. § 1329 die Nichtigkeitsklage Platz greift; insbesondere also in der Richtung, daß eine Ehe überhaupt nicht geschlossen oder eine geschlossene Ehe wieder aufgelöst (z. B. nach BGB. § 1348) oder für nichtig erklärt sei.

4. Klagen, durch welche eine Ehe angefochten wird. BGB. §§ 1341 bis 1343.

5. Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens. BGB. § 1353.

III. Ehesachen gehören zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte; örtlich zuständig ist dasjenige Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (gleichviel ob im Inlande oder im Auslande); es ist zuständig, nicht bloß wenn der Ehemann, sondern auch wenn die Ehefrau verklagt wird. Die Zuständigkeit ist eine ausschließliche. ZPO. § 606[1].

Hat aber der Ehemann keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande, so ist daneben noch ein anders bestimmter inländischer Gerichtsstand vorgesehen für alle Fälle, in denen nach dem Einführungsgesetz zum BGB. das deutsche Eherecht anzuwenden ist; und zwar allgemein in ZPO. § 606[2] (vgl. EG. z. BGB. Artt. 14[2], 17[3], 29), dagegen nur für die Nichtigkeits- und die Anfechtungsklage der Ehefrau in ZPO. § 606[3] (vgl. EG. z. BGB. Art. 13[1]).

Nach § 606[2] kann, wenn der Ehemann im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Klage bei dem Landgericht erhoben werden, in dessen Bezirk der Ehemann seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte, in folgenden Fällen: 1. wenn er Deutscher ist; 2. wenn er die Reichsangehörigkeit verloren, die Ehefrau sie aber behalten hat; 3. wenn beide Ehegatten die Reichsangehörigkeit verloren haben, der Ehemann aber eine andere Staatsangehörigkeit nicht erworben hat.

Nach § 606[3] können, wenn der Ehemann im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Nichtigkeitsklage und die Anfechtungsklage von der Ehefrau bei dem Landgerichte erhoben werden, in dessen Bezirke sie den letzten inländischen Wohnsitz hatte, in folgenden Fällen: 1. wenn eine Deutsche eine Ehe mit einem Ausländer eingegangen ist; 2. wenn eine Deutsche eine Ehe mit einem Deutschen eingegangen ist, der dann die Reichsangehörigkeit verloren hat, sofern keine der Voraussetzungen zutrifft, unter denen ein Gerichtsstand nach Abs. 2 des § 606 begründet ist.

In allen Fällen (sowohl des Abs. 2 wie des Abs. 3) kommen in Ermangelung eines letzten inländischen Wohnsitzes die Vorschriften des § 15 Abs. 1 Satz 2 zu entsprechender Anwendung.

Sind beide Ehegatten Ausländer, so ist für die Scheidungsklage ein inländisches Gericht nur dann zuständig, wenn seine Zuständigkeit auch nach den Gesetzen des Staates begründet ist, dem der Ehemann angehört. ZPO. § 606[4].

IV. Neben dem Gericht ist auch die Staatsanwaltschaft zur Wahrung des öffentlichen Interesses berufen. ZPO. § 607. Partei ist der Staatsanwalt nur, wenn er die Nichtigkeitsklage erhoben hat (ZPO. § 632). Im übrigen ist er zur Mitwirkung befugt, aber nicht verpflichtet. Wirkt er mit, so ist er Gehilfe des Gerichtes.

Er kann den gerichtlichen Verhandlungen beiwohnen (der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, wie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter), er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, aber nur soweit sie zur Aufrechterhaltung der Ehe dienen („defensor matrimonii"). Daß er zu ihrer Erforschung seiner ganzen Stellung nach (insbesondere bei den ihm zu Gebote stehenden Hilfsbeamten) besser als das Gericht im stande ist, darauf beruht vor allem der Wert seiner Mitwirkung.

Er ist denn auch von allen Terminen von Amts wegen in Kenntnis zu setzen. Im Sitzungsprotokoll ist sein Name anzugeben, auch sind seine Anträge in dasselbe aufzunehmen. ZPO. § 607 [3—4].

V. Eine Scheidungsklage oder eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens kann der Regel nach (ZPO. § 608, die Ausnahmen s. § 611) erst erhoben werden, nachdem ein gerichtlicher Sühneversuch (vor dem Amtsgericht) gemacht und erfolglos geblieben ist; vorher darf der Vorsitzende den Termin zur mündlichen Verhandlung nicht festsetzen.

Hätte er es dennoch getan, so wäre zwar die Klage nicht abzuweisen;[2]) aber eine Verhandlung kann nicht stattfinden, bevor nicht der Sühneversuch vor dem Amtsgericht stattgefunden hat; ein solcher kann aber auch von Amts wegen (ZPO. § 296) angeordnet werden.

Die Vorschrift will der Erhaltung der Ehe und des ehelichen Friedens dienen, da durch die Erhebung der gerichtlichen Klage das eheliche Zerwürfnis verschärft und die Aussöhnung der Ehegatten erschwert wird.

Im einzelnen gelten für den Sühneversuch folgende Bestimmungen.

1. Zuständig ist das Amtsgericht, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat; wenn sich aber das für die Klage zuständige Landgericht nach den Vorschriften des § 606[2] ZPO. bestimmt, so finden diese Vorschriften auch auf die Bestimmung des für den Sühnetermin zuständigen Amtsgericht entsprechende Anwendung.

2. Die Anberaumung des Sühnetermins hat der Kläger zu beantragen und hat auch dazu den Beklagten zu laden, ZPO. § 609.

S. dazu BGB. § 1571[3].

3. In dem Sühnetermin müssen die Parteien persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden. Erscheint der Kläger nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung (vgl. dazu BGB. § 1571[2] Satz 2). Der Kläger muß einen neuen Sühnetermin beantragen und dazu den Beklagten laden; er muß es auch dann, wenn der

[2]) So die fast allgemeine Meinung.

Beklagte gleichfalls ausgeblieben ist. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen, ZPO. § 610.

4. Über den Sühneversuch ist ein Protokoll aufzunehmen (ZPO. §§ 159, 160[1], 160[2] Nr. 1). Durch Abschrift des Protokolls weist sich der Kläger über den mißlungenen Sühneversuch aus.

5. Eines Sühneversuches bedarf es nicht, wenn der Aufenthaltsort des Beklagten unbekannt oder im Ausland gelegen ist oder wenn dem Sühneversuch ein sonstiges schwer zu beseitigendes Hindernis entgegensteht, das nicht vom Kläger verschuldet ist (z. B. schwere Krankheit einer Partei), aber auch allemal dann, wenn mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, daß der Sühneversuch doch erfolglos bleiben werde. — Ob eine dieser Voraussetzungen vorliegt, entscheidet der Vorsitzende des Prozeßgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten, ZPO. § 611.

VI. Die höchst persönliche Natur des ehelichen Verhältnisses bedingt auch besondere Bestimmungen über Prozeßfähigkeit und Stellvertretung.

1. Der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte (BGB. §§ 106, 114) ist trotzdem in Ehesachen voll prozeßfähig, wie er denn auch zu einer Anfechtung der Ehe nach BGB. § 1336[1] nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. In den Fällen aber, in denen nach BGB. § 1336 nur der gesetzliche Vertreter die Ehe anfechten kann, kann auch er nur die Anfechtungsklage erheben und ist der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte prozeßunfähig. ZPO. § 612[1].

Die Fälle sind die, daß der Ehegatte zur Zeit der Eheschließung oder zur Zeit der Bestätigung, wie sie nach BGB. § 1325 möglich ist, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt gewesen und die Eheschließung oder Bestätigung ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt ist.

Der geschäftsunfähige Ehegatte ist auch für den Eheprozeß prozeßunfähig und bedarf des gesetzlichen Vertreters. Eine Scheidungsklage oder eine Anfechtungsklage darf der gesetzliche Vertreter aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes und eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens darf er überhaupt nicht erheben. ZPO. § 612[2].

2. Der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten (auch des widerklagenden) bedarf einer besonderen auf den Rechtsstreit (nicht auch den besonderen Klaggrund) gerichteten Vollmacht; die Vollmacht hat das Gericht von Amts wegen zu prüfen. § 613.

VI. A. Für das Verhältnis der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, der Scheidungsklage, der Anfechtungsklage untereinander und für das Verhältnis mehrerer auf verschiedenen Gründen beruhender Klagen derselben Art gelten folgende besondere Bestimmungen.

1. Die genannten Klagen können in (eventueller) Verbindung miteinander und auch als Klage und Widerklage erhoben werden; wogegen die Verbindung mit einer anderen Klage oder die Erhebung einer Widerklage anderen Inhaltes (z. B. auch einer Klage, durch welche die ver-

mögensrechtlichen Folgen der Scheidung geltend gemacht werden) unstatthaft ist.[3]) ZPO. § 615.

2. Es besteht für die genannten Klagen, was ihr Verhältnis zueinander und was verschiedene Gründe derselben Klagart angeht, nicht das Verbot der Klagänderung. Der Kläger kann im Laufe des Verfahrens, bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, nicht bloß an Stelle des ursprünglich geltend gemachten Scheidungs- oder Anfechtungsgrundes einen anderen geltend machen, sondern er kann auch von einer der genannten Klagen zu einer anderen übergehen. ZPO. § 614[1].

Dies alles — Klagverbindung, Klagänderung, Widerklage — ist auch noch in der Berufungsinstanz möglich.[4])

Eine Wiederholung des Sühneversuches ist für das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage nicht notwendig. § 614[3].

3. Wird die Scheidungsklage oder die Anfechtungsklage (als unbegründet) abgewiesen, so kann der Kläger das Recht, die Scheidung zu verlangen oder die Ehe (durch Klage oder nach BGB. § 1342 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht) anzufechten, nicht mehr auf Tatsachen gründen, die er in dem früheren Rechtsstreit geltend gemacht hat oder geltend machen konnte, auch nicht auf Tatsachen, die er durch eine Verbindung der Klagen geltend machen konnte; und auch der Beklagte kann sich zu gleichem Zweck nicht mehr auf Tatsachen berufen, die er durch eine Widerklage geltend machen konnte.[5]) ZPO. § 616. Es „konnten" aber nicht geltend gemacht werden, nicht bloß Tatsachen, die erst später eingetreten, sondern auch solche, die der Partei erst später bekannt geworden sind, oder deren Beweis ihr nicht möglich war.[6])

Das letztere bezieht sich selbstverständlich nicht auf Tatsachen, deren Berücksichtigung schon durch die materielle Rechtskraft des Urteils (s. oben § 61 B II, 2), sondern nur auf Tatsachen, deren Berücksichtigung durch die spezielle Vorschrift des § 616 ausgeschlossen ist.

Es ist also für den Scheidungs- und Anfechtungsprozeß der Umfang der materiellen Rechtskraft des Urteils und folgeweise der Umfang der Rechtshängigkeit erweitert: denn alle Scheidungs- und Anfechtungsgründe, die in dem Prozeß geltend gemacht werden konnten, sind durch das Urteil erledigt.[7])

---

[3]) Vgl. z. B. ERG. Bd. 6 Nr. 112, Bd. 9 Nr. 111. Die so unzulässigerweise erhobene andere Klage ist (als unstatthaft) abzuweisen.

[4]) Das wird jetzt allgemein angenommen. Vgl. auch z. B. ERG. Bd. 8 Nr. 98, Bd. 25 Nr. 72, Bd. 42 Nr. 105.

[5]) Solche Tatsachen hat das Gericht von Amts wegen unberücksichtigt zu lassen. ERG. Bd. 5 Nr. 103.

[6]) ERG. Bd. 35 Nr. 86, Bd. 42 Nr. 96. Vgl. auch Bd. 45 Nr. 82, Bd. 49 Nr. 100.

[7]) ERG. Bd. 53 Nr. 85, wo sich auch eine Reihe anderer Entscheidungen angeführt findet.

So sind in einem Scheidungs- oder Anfechtungsprozesse die Parteien genötigt, alle ihnen zu Gebote stehenden Scheidungs- oder Anfechtungsgründe vorzubringen. — Die Vorschriften der §§ 614—616 haben den Zweck, „einer Vervielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten und die Erneuerung erfolglos gebliebener Eheprozesse auf Grund von Tatsachen auszuschließen, welche schon deswegen Verdacht erwecken, weil sie in dem früheren Prozesse zurückgehalten sind".

B. Mit der Nichtigkeitsklage kann nur eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien verbunden werden; und statthaft ist auch nur eine Widerklage, die eine solche Feststellung oder die gleichfalls die Nichtigkeit der Ehe (aus einem anderen Nichtigkeitsgrunde) zum Gegenstande hat. ZPO. § 633.

VII. Soweit an Ehesachen ein öffentliches Interesse beteiligt ist, ist das Verfahren unbedingt auf materielle Wahrheit gerichtet, kann das Gericht auch von den Parteien nicht vorgebrachte Tatsachen berücksichtigen und von Amts wegen die Aufnahme von Beweisen anordnen, sind ausgeschlossen solche auf die Bildung der Urteilsgrundlage bezügliche Vorschriften, welche die Befugnis der Parteien zur freien Verfügung über den Streitgegenstand zur Voraussetzung haben.

1. Solcher Art sind die Vorschriften

über die bindende Wirkung eines Anerkenntnisses (ZPO. § 307) oder gerichtlichen Geständnisses (ZPO. § 288),

über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Tatsachen (ZPO. § 138) oder über die Echtheit von Urkunden (ZPO. § 439),

die Vorschriften über die Eideszuschiebung (ZPO. §§ 445 ff.), über die Erlassung eines Eides (ZPO. § 464[1]),

über den Verzicht der Parteien auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen (ZPO. § 391),

über den Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben (ZPO. §§ 421 ff., insbesondere § 427).

2. Dabei wird es nun aber von Bedeutung, daß an den verschiedenen Arten der Ehesachen das öffentliche Interesse nicht in gleichem Umfange beteiligt ist.

a) Handelt es sich um die Scheidung oder die Anfechtung einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens, so besteht ein öffentliches Interesse nur daran, daß nicht aus unrechtmäßigem Grunde die Ehe geschieden oder angefochten oder die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert werde, nicht aber wird ein öffentliches Interesse dadurch verletzt, daß die Ehe nicht geschieden, nicht angefochten, die Herstellung des ehelichen Lebens nicht verweigert wird, wiewohl ein hinreichender Grund dazu vorliegen würde; die Geltendmachung eines solchen Grundes steht im freien Belieben des Berechtigten. Schlechthin ausgeschlossen ist daher in diesen Sachen nur die Wirksamkeit eines Anerkenntnisses; im übrigen

aber finden die genannten Vorschriften [8]) nur bezüglich solcher Tatsachen keine Anwendung, welche die Scheidung oder die Anfechtung der Ehe oder das Recht, die Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, begründen sollen; sie gelten aber für solche Tatsachen, welche der Aufrechthaltung der Ehe dienen; und nur zur Aufrechthaltung der Ehe kann das Gericht von Amts wegen Tatsachen berücksichtigen und Beweise anordnen.

b) In einem Nichtigkeits- oder Feststellungsprozesse aber ist die Offizialprüfung des Gerichts völlig unbeschränkt, kann das Gericht auch zum Zwecke der Ermittelung, ob die Ehe nichtig ist oder nicht besteht, Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen und von Amts wegen Beweise anordnen, und sind jene auf der Verfügungsfreiheit der Parteien beruhenden Vorschriften in jeder Beziehung ausgeschlossen. ZPO. §§ 617, 622.

3. Über Tatsachen aber, die das Gericht von Amts wegen berücksichtigen will, über das Ergebnis von Amts wegen angeordneter Beweisaufnahmen müssen die Parteien vor der Entscheidung gehört, es muß ihnen Gelegenheit gegeben werden, darüber zu verhandeln. ZPO. § 622[1] Satz 2.

4. Nicht ausgeschlossen ist der richterliche Eid, § 475; und die Folgen der Leistung oder Nichtleistung eines Eides bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln, §§ 463, 464.

5. Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten ist unzulässig, da gegen ihn die Fiktion des Zugeständnisses der klagbegründenden Tatsachen ausgeschlossen ist. ZPO. § 618[5]. Wenn in dem ersten auf die Klage anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung der Beklagte säumig ist (auch wenn er erschienen ist, aber nicht verhandelt hat), so ist auf Antrag des Klägers ein neuer Termin zu bestimmen und kann erst in diesem neuen Termin verhandelt werden. Der Beklagte ist zu jedem nicht in seiner Gegenwart anberaumten Termine (abweichend von der Bestimmung des § 218 ZPO.) zu laden. ZPO. § 618[2 3]. Die Vorschriften dieser beiden Absätze finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber säumig ist. ZPO. § 618[4].

Das Gesagte gilt entsprechend auch für den Widerbeklagten. § 618[6].

Die Bestimmung des § 261 Abs. 2 ZPO. kommt, da sie vor allem den Zweck hat, dem Kläger ein baldiges Versäumnisurteil zu ermöglichen, nicht zur Anwendung. ZPO. § 618[1].

Ist der Kläger säumig, so ist auf Antrag Versäumnisurteil gegen ihn zu erlassen. Dieses geht aber, wenn es sich um eine Nichtigkeitsklage oder eine Feststellungsklage handelt, nur dahin, daß die Klage als zurückgenommen gelte, ZPO. §§ 635, 638. In den anderen

---

[8]) Vgl. oben unter Nr. 1.

Eheſachen finden bei Verſäumnis des Klägers die allgemeinen Verſäumnisregeln Anwendung.

6. Zum Zwecke der Wahrheitserforſchung kann das Gericht das perſönliche Erſcheinen einer Partei anordnen und ſie vernehmen, und zwar nicht bloß über Tatſachen, welche ſie ſelbſt oder der Gegner, ſondern auch über ſolche, die der Staatsanwalt behauptet hat; ſie iſt zum Erſcheinen *verpflichtet* gleich einem Zeugen, und bleibt ſie aus, ſo iſt gegen ſie wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erſchienenen Zeugen zu verfahren, nur daß auf Haft gegen ſie nicht erkannt werden darf. ZPO. § 619[1 3].

Die Vernehmung kann auch durch einen beauftragten oder erſuchten Richter erfolgen, wenn die zu vernehmende Partei am Erſcheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert iſt oder ſich in großer Entfernung von dem Sitze desſelben aufhält. § 619[2].

7. Soll auf *Scheidung* wegen *Geiſteskrankheit* erkannt werden, ſo *muß* zuvor das Gericht einen oder mehrere Sachverſtändige über den Geiſteszuſtand des beklagten Ehegatten vernehmen, um eine zuverläſſige Grundlage zu gewinnen für die Entſcheidung, ob eine Geiſteskrankheit von der Art vorliege, wie ſie nach § 1569 BGB. die Scheidung rechtfertigt. ZPO. § 623.

VIII. Eine *Ausſetzung* des Verfahrens iſt, wenn die Klage auf *Scheidung* oder auf *Herſtellung* des *ehelichen* Lebens gerichtet iſt, zu dem Zwecke zugelaſſen, den Ehegatten Zeit zur *Ausſöhnung* zu geben.

1. Bei Scheidungsklagen kann in jedem Falle der Kläger die Ausſetzung verlangen; das Gericht darf, bevor die Ausſetzung ſtattgefunden hat, nicht auf Scheidung erkennen. Iſt die Scheidung auf Grund des § 1568 BGB. beantragt, unterliegt alſo der Scheidungsgrund der freien Würdigung des Gerichtes, ſo iſt dasſelbe verpflichtet, auch von Amts wegen das Verfahren auszuſetzen, es ſei denn, daß ihm jede Ausſicht auf eine Verſöhnung der Ehegatten ausgeſchloſſen erſcheint. ZPO. § 620.[9])

2. Geht die Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens, ſo ſteht es im Ermeſſen des Gerichtes, von Amts wegen das Verfahren auszuſetzen, wenn es eine Ausſöhnung der Parteien nicht für unwahrſcheinlich hält. ZPO. § 621.

Die Ausſetzung iſt (ſowohl nach § 620 wie nach § 621) in zweifacher Hinſicht beſchränkt:

1. Sie darf im Laufe des Rechtsſtreites nur einmal erfolgen.

2. Sie darf bei einer Scheidungsklage (§ 620) höchſtens auf zwei Jahre, bei einer Klage auf Herſtellung des ehelichen Lebens (§ 621) höchſtens auf ein Jahr angeordnet werden.

---

[9]) Einer Ausſetzung bedarf es in keinem Fall, wenn das Gericht *nicht* auf Scheidung erkennen will. ERG. Bd. 46 Nr. 109, Nr. 119.

IX. Wird wegen Ehebruchs auf Scheidung erkannt und ergibt sich aus den Verhandlungen, mit welcher Person der Ehebruch begangen worden ist, so ist diese Person im Urteil (nicht notwendig in der Urteilsformel) festzustellen. ZPO. § 624.

Die Vorschrift dient zur Ausführung des § 1312 BGB.

X. Urteile, durch welche die Scheidung einer Ehe ausgesprochen oder eine Ehe (auf eine Nichtigkeits- oder eine Anfechtungsklage hin) für nichtig erklärt ist, sind von Amts wegen zuzustellen;[10]) ihre Zustellung ist nicht, wie es nach ZPO. § 317 die Regel ist, dem Belieben der Parteien überlassen; denn von der Zustellung ist die formelle Rechtskraft des Urteils abhängig. ZPO. § 625.

Für Urteile mit anderem Inhalt gilt auch in Ehesachen die Regel des § 317 ZPO.

XI. Als verspätet können in der Berufungsinstanz auf Grund des § 279 Verteidigungsmittel nicht zurückgewiesen werden. ZPO. § 626.

Denn (nach § 540) müßte diese Zurückweisung zu einem Vorbehaltsurteile führen und in Ehesachen ist ein bloß vorläufiges Urteil (ebenso wie nach ZPO. § 704[2] ein bloß vorläufig vollstreckbares Urteil) ausgeschlossen.

XII. In Prozessen über die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe kann das Gericht für die Dauer des Rechtsstreites die Beziehungen der Ehegatten zueinander, auf Antrag eines derselben, durch einstweilige Verfügung nach bestimmten Richtungen hin, vorläufig ordnen (sogen. Interimistikum). ZPO. § 627.

Das Gericht kann:

1. das Getrenntleben der Ehegatten gestatten;

2. die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten ordnen, aber nur nach Maßgabe der Bestimmungen, die der § 1361 BGB. für den Fall trifft, daß einer der Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens berechtigterweise verweigert;

3. wegen der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder Anordnungen treffen; nicht aber in Bezug auf ihre gesetzliche Vertretung, für welche vielmehr die gesetzlichen Bestimmungen maßgebend bleiben;

4. die Unterhaltspflicht der Ehegatten den Kindern gegenüber regeln, aber nur im Verhältnisse der Ehegatten zueinander.

Zulässig ist die einstweilige Verfügung schon gleich von Beginn des Verfahrens an: sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung oder im Falle einer Scheidungsklage der Termin zum Sühneversuche bestimmt oder im Wege der Widerklage die Scheidung beantragt oder die Ehe angefochten ist.

Von der einstweiligen Verfügung hat das Prozeßgericht, wenn ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Ehegatten vorhanden ist, dem Vormundschaftsgerichte Mitteilung zu machen.

---

[10]) Auch ein Urteil der höheren Instanz, wenn es ein Rechtsmittel gegen ein Urteil des bezeichneten Inhaltes abweist und so dasselbe bestätigt; ERG. Bd. 7 Nr. 111; dagegen nicht ein bedingtes Urteil, ERG. Bd. 4 Nr. 110 und insbesondere ERG. Bd. 48 Nr. 99. — Durch Zustellung auf Parteibetrieb, wo sie von Amts wegen zu erfolgen hat, wird (nach allgemeinem Grundsatz) die Rechtsmittelfrist nicht eröffnet. ERG. Bd. 3 Nr. 104.

Im übrigen gelten für die einstweilige Verfügung die allgemeinen Regeln (ZPO. §§ 936—944).

XIII. Stirbt einer der Ehegatten im Laufe des Verfahrens, vor Rechtskraft des Urteils, so ist damit der Rechtsstreit gegenstandslos geworden; der Rechtsstreit ist daher in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen; nur über die Prozeßkosten kann noch entschieden werden. ZPO. § 628.

Soweit noch rechtliche Folgen der Ehe in Frage kommen, kann nun ihre Nichtigkeit unbeschränkt geltend gemacht werden.

XIV. Das Urteil,[11]) daß eine Ehe nichtig oder gültig sei, bestehe oder nicht bestehe (das Urteil also, das auf eine Nichtigkeits- oder eine Anfechtungs- oder eine Ehefeststellungsklage ergeht, gleichviel ob es der Klage stattgibt oder sie abweist), ist, entgegen der Regel des § 325 ZPO., gegenüber allen wirksam, kann für und gegen jeden dritten geltend gemacht werden, vorausgesetzt nur (wie sich auch schon aus ZPO. § 628 ergibt), daß es bei Lebzeiten beider Ehegatten die formelle Rechtskraft erlangt hat. Es wäre der öffentlichen Ordnung und dem Interesse des Verkehres, wie dem Wesen der Ehe selbst zuwider, wenn dem einen gegenüber eine Ehe als bestehend und gültig, dem anderen gegenüber als nicht bestehend oder nichtig behandelt werden könnte. ZPO. § 629[1] (Satz 1)[2]. Eine Ausnahme gilt nur für das Urteil, durch welches eine Nichtigkeitsklage abgewiesen wird, die (nach BGB. § 1326) darauf gegründet ist, daß zur Zeit der Eheschließung einer der Ehegatten bereits mit einer dritten Person in gültiger Ehe gelebt habe. Ein solches Urteil ist an sich gegen diese dritte Person nicht wirksam; ihr verbleibt die Befugnis, ihrerseits auf Nichtigerklärung der neuen Ehe zu klagen. Das Urteil steht ihr nur dann entgegen, wenn sie als Nebenintervenient (im Sinne des § 69 ZPO.) an dem Rechtsstreite teilgenommen hat. ZPO. § 629[1] Satz 2.

XV. Nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils hat das Prozeßgericht, wenn ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind der Ehegatten vorhanden ist, dem Vormundschaftsgerichte Mitteilung zu machen, damit dieses in der Lage ist, die Anordnungen zu treffen, die im Interesse des Kindes notwendig sind. ZPO. § 630; BGB. §§ 1635, 1636, 1700.

XVI. Für den Nichtigkeitsprozeß gelten noch, in Hinsicht auf die Parteien, folgende besondere Bestimmungen (ZPO. § 631).

1. Die Klage kann erhoben werden: 1) von jedem der Ehegatten; 2) von dem Staatsanwalte; 3) im Falle des § 1326 BGB. auch von dem dritten, mit dem die frühere Ehe geschlossen war; 4) von jedem

[11]) Vgl. damit oben § 61a. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft § 28. Hellwig, Rechtskraft § 9. Das Urteil wirkt gegen jeden dritten schlechthin, nicht bloß insofern, als es für die Zukunft das Verhältnis der Parteien regelt, es wirkt nicht als konstitutives Urteil.

anderen, für den von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht (z. B. die Anwartschaft auf ein Fideikommiß oder das Recht auf Genuß einer Familienstiftung) oder von der Gültigkeit der Ehe eine Verpflichtung (z. B. eine Unterhaltspflicht) abhängt. Vgl. BGB. § 1329.

Die Klage ist zu richten, 1) wenn sie von einem der Ehegatten erhoben wird, gegen den anderen Ehegatten; 2) wenn sie von dem Staatsanwalt oder einem dritten erhoben wird, gegen beide Ehegatten (als notwendige Streitgenossen). ZPO. § 632.

2. Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den Rechtsstreit (gleich einem notwendigen Streitgenossen) betreiben, insbesondere selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen. ZPO. § 634.

3. Rechtsmittel sind gegen die übrigen Parteien des Rechtsstreites als (notwendige) Streitgenossen zu richten, ohne Rücksicht auf die Parteistellung, die sie in erster Instanz hatten. Gegenüber einem von dem Staatsanwalt eingelegten Rechtsmittel erscheinen also die Privatparteien, gegenüber einem von einer Privatpartei eingelegten Rechtsmittel erscheinen die übrigen Privatparteien und, sofern er Partei ist, auch der Staatsanwalt als Gegner. ZPO. § 636.

4. Unterliegt der als Partei auftretende Staatsanwalt, so ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten gemäß den Bestimmungen der §§ 91 ff. ZPO. (Buch 1 Abschn. 2 Tit. 5) zu verurteilen. § 637.

XVII. Die Öffentlichkeit ist in Ehesachen stets auszuschließen, wenn eine Partei es beantragt. GVG. § 171.

§ 119.

Kindschaftssachen.[1])

I. Kindschaftssachen sind folgende Klagen:

1. Klagen auf Feststellung:

a) daß zwischen den Parteien ein Eltern- und Kindesverhältnis bestehe oder nicht bestehe; ZPO. § 640;

b) daß einer Partei über die andere die elterliche Gewalt zustehe oder nicht zustehe; ZPO. § 640.

Gegenstand des Streites kann insbesondere sein, ob ein Kind untergeschoben, an Kindesstatt angenommen (BGB. §§ 1741 ff.) oder legitimiert sei (BGB. §§ 1719 ff.).

2. Anfechtungsklagen, durch welche a) die Ehelichkeit eines Kindes oder b) die Anerkennung der Ehelichkeit von dem Ehemanne der Mutter angefochten wird. ZPO. § 641.

Klagen, die auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft gerichtet sind, gehören nicht zu den Kindschafts-

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 640 ff.

sachen, ZPO. § 644; wohl aber (nach ZPO. § 640) Feststellungsklagen, die sich auf das Verhältnis eines unehelichen Kindes zu seiner Mutter beziehen; vgl. BGB. § 1705.

II. Insofern an Kindschaftssachen ein öffentliches Interesse beteiligt ist, sind, wie in Ehesachen, hinsichtlich der Bildung der Urteilsgrundlage diejenigen Vorschriften ausgeschlossen, welche die Befugnis der Parteien zur Verfügung über den Streitgegenstand zur Voraussetzung haben, und kann das Gericht von Amts wegen Tatsachen berücksichtigen und Beweiserhebungen anordnen. Dabei ergibt sich aber zwischen Feststellungs- und Anfechtungsklagen ein wichtiger Unterschied daraus, daß der Ehemann zur Anfechtung der Ehelichkeit eines von seiner Frau geborenen Kindes wohl befugt, aber nicht verpflichtet ist, und daß das Kind als eheliches zu gelten hat, wenn der Ehemann die Anfechtung unterlassen oder die erhobene Anfechtungsklage zurückgenommen oder das Kind als eheliches anerkannt hat. BGB. §§ 1593, 1596, 1599. Die in ZPO. § 617[2] bezeichneten Vorschriften sind daher zwar bei den Feststellungsklagen (§ 640, vgl. 617[3] ZPO.) schlechthin ausgeschlossen, bei den Anfechtungsklagen (ZPO. § 641[2]) aber nur hinsichtlich solcher Tatsachen, welche die Unehelichkeit (nicht solche, welche die Ehelichkeit) des Kindes begründen sollen (vgl. ZPO. § 617[2]); und es kann ferner in Anfechtungsprozessen das Gericht von Amts wegen nur solche Tatsachen berücksichtigen und erforschen, welche geeignet sind, die Ehelichkeit des Kindes zu begründen (vgl. ZPO. § 622[1]), während in Feststellungsprozessen das Gericht sowohl zur Feststellung der Ehelichkeit wie der Unehelichkeit des Kindes von Amts wegen Tatsachen berücksichtigen und Ermittelungen vornehmen kann.

Aus demselben Grunde gelten bei Anfechtungsklagen für die Versäumnis des Klägers die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnisverfahren, während bei den Feststellungsklagen gegen den säumigen Kläger das Versäumnisurteil nur dahin zu erlassen ist, daß die Klage als zurückgenommen gelte. ZPO. §§ 640, 635.

In allen diesen Beziehungen finden also auf die Anfechtungsklagen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Klage zur Anfechtung einer Ehe gelten. Gleichmäßig aber bei Feststellungs- wie bei Anfechtungsklagen sind die Bestimmungen analog anzuwenden, die für den Eheprozeß in den §§ 607, 613, 617[1], 618, 619, 625, 626, 628 gegeben sind. ZPO. §§ 640[1], 641[1].

III. Mit einer der Feststellungsklagen kann eine Klage anderer Art nicht verbunden, auch kann eine Widerklage anderer Art ihnen gegenüber nicht erhoben werden. Mit einer der Anfechtungsklagen kann nur die andere Anfechtungsklage verbunden werden; eine Widerklage ist ihnen gegenüber ausgeschlossen. ZPO. §§ 640[2], 641[3].

IV. Nach dem BGB. bedarf der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehemann zur Anfechtung der Ehelichkeit nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, und kann für den geschäftsunfähigen sein gesetzlicher Vertreter die Ehelichkeit anfechten, aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. BGB. § 1595. Dem entspricht es, daß für den Anfechtungsprozeß der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehemann prozeßfähig ist, und daß für den geschäftsunfähigen sein gesetzlicher Vertreter den Rechtsstreit führt, daß er die Anfechtungsklage aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erheben kann. ZPO. § 641[2].

V. Für alle Kindschaftsklagen greift, wenn der Beklagte im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ein subsidiärer inländischer Gerichtsstand Platz in folgenden Fällen, in denen nach den Bestimmungen der Artt. 18—20 des Einführungsgesetzes zum BGB. das streitige Rechtsverhältnis nach deutschem Rechte zu beurteilen ist; in den Fällen nämlich, daß der Beklagte ein Deutscher ist, oder daß zwar er die Reichsangehörigkeit verloren, der Kläger sie aber behalten hat, oder daß beide Parteien die Reichsangehörigkeit verloren haben, der Beklagte aber eine andere Staatsangehörigkeit nicht erworben hat. ZPO. § 642. Zuständig ist dann das Landgericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte; in Ermangelung eines solchen Wohnsitzes bestimmt sich das zuständige Gericht nach den Vorschriften des § 15 Abs. 1 Satz 2, 3.

VI. In allen Kindschaftssachen wirkt das Urteil, sofern es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, über die Parteien hinaus als einheitliche Regelung des Kindschaftsverhältnisses für und gegen alle; jedoch mit folgender Ausnahme. Ein Urteil, welches das Bestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses oder der elterlichen Gewalt feststellt, wirkt an sich nicht gegenüber einem dritten, welcher selbst das elterliche Verhältnis oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt; es wirkt gegen ihn nur dann, wenn er (als streitgenössischer Nebenintervenient) an dem Rechtsstreit teilgenommen hat. ZPO. § 643.

§ 120.

Entmündigungssachen. [1]

1. Entmündigung ist die gerichtliche Entscheidung, durch die eine Person für geschäftsunfähig oder für beschränkt geschäftsfähig erklärt wird.

Vgl. insbesondere BGB. §§ 6, 104 Nr. 3, 114, 1906.

[1] Komment. zu ZPO. §§ 645 ff. und Vorbemerk. Birkmeyer, Z. Bd. 7 S. 198 ff. Neueste Monographien: Koll, Das Entmündigungsrecht (1900). Levis, Die Entmündigung Geisteskranker (1901), dazu Koll, Z. Bd. 30 S. 242 ff. Vgl. auch Friedländer, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 86 S. 437 ff., Bd. 89 S. 197 ff.

Eine Entmündigung kann nur auf Grund eines gerichtlichen Verfahrens erfolgen, welches dazu bestimmt ist, zu untersuchen und festzustellen, ob die betreffende Person sich in dem Geisteszustande befindet, der nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes die Entmündigung rechtfertigt. Ist sie gerechtfertigt, so liegt sie im Interesse der zu entmündigenden Person selbst, wie im Interesse ihrer Familie und der Gesamtheit. Daher ist, wenn die Entmündigung einer Person aus einem der gesetzlich bestimmten Gründe beantragt wird, *von Amts wegen* zu untersuchen, ob dieser Grund vorhanden ist, und ebenso ist von Amts wegen zu prüfen, ob er noch fortdauert, wenn die Aufhebung der Entmündigung verlangt wird. Für das Entmündigungsverfahren gilt das *Offizialprinzip*.

2. Die Entmündigung und ebenso ihre Aufhebung erfolgt zunächst durch *amtsgerichtlichen Beschluß*, ZPO. §§ 645[1], 675. Der Beschluß aber, durch den die Entmündigung verfügt oder die beantragte Aufhebung der Entmündigung abgelehnt wird, kann innerhalb einer bestimmten Frist durch eine Klage beim Landgericht angefochten werden — der erstere Beschluß durch eine *Anfechtungs-*, der letztere durch eine *Aufhebungsklage* —, über die, auf Grund mündlicher Parteiverhandlung, durch *Urteil* zu entscheiden ist.

Das einfache, schnelle und weniger kostspielige amtsgerichtliche Verfahren ist als ausreichend gedacht für die zahlreichen zweifellosen Fälle; in zweifelhaften Fällen soll gegen eine ungerechtfertigte Entmündigung die stärkere Garantie erschöpfender Untersuchung und sachgemäßer Entscheidung gewährt werden, die in den Formen des landgerichtlichen Streitverfahrens gelegen ist.

Das *gemeine* Recht hatte die Entmündigung dem Gebiete der obervormundschaftlichen Gerichtstätigkeit zugewiesen; sie erfolgte in einem Offizialverfahren, auf Grund einer richterlichen Sachuntersuchung, wie sie auch in sonstigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit stattfand. Die *Preußische Allgemeine Gerichtsordnung* dagegen (T. 1 Tit. 38) und ebenso der *Code de procédure civile* (art. 489 ff.) schreiben für die Entmündigung ein *prozessuales* Verfahren vor. Die Zivilprozeßordnung sucht die Vorteile beider Systeme zu verbinden.

3. Eine Entmündigung kann stattfinden (unter den im BGB. § 6 bezeichneten näheren Voraussetzungen) wegen *Geisteskrankheit* oder *Geistesschwäche*, wegen *Verschwendung*, wegen *Trunksucht* und ist wieder aufzuheben, wenn der Grund der Entmündigung wegfällt. Das Verfahren ist für alle diese Fälle im wesentlichen gleichgeordnet; doch weicht in einzelnen Punkten das Entmündigungsverfahren wegen Verschwendung oder Trunksucht von dem Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ab.

Vorbildlich war hiefür die Allgemeine Preußische Gerichtsordnung, die zwischen Entmündigung wegen Geisteskrankheit und wegen Trunksucht unterscheidet.

4. Die Frage, ob das Entmündigungsverfahren dem Gebiete der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöre, erledigt sich, nach dem oben § 10 eingenommenen Standpunkt, von selbst. Die Ansichten sind sehr geteilt. Nach der einen Ansicht gehört das Entmündigungsverfahren ganz dem Gebiete der freiwilligen, nach

der anderen ganz dem der streitigen an, nach einer dritten Meinung fällt das amtsgerichtliche Verfahren in das Gebiet der freiwilligen, das landgerichtliche Verfahren in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit. Streitig ist weiter, ob, wenn auch sachlich das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehöre, nicht doch, eben weil es in der ZPO. geregelt ist, die Bestimmungen der ZPO., und nicht die des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, ergänzend anzuwenden seien.

§ 120a.

Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche.

A. Amtsgerichtliches Entmündigungsverfahren.

I. Die Entmündigung erfolgt nur auf Antrag. ZPO. § 645[2].

1. Antragsberechtigt ist (ZPO. § 646):

1) der Ehegatte des zu Entmündigenden;

2) jeder Verwandte desselben;

3) sein gesetzlicher Vertreter, aber nur ein solcher, dem auch die Sorge für seine Person zusteht;

4) der Staatsanwalt bei dem vorgesetzten Landgerichte.

Die Antragsbefugnis der Verwandten ist jedoch

a) ausgeschlossen gegenüber einer Person, die unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht;

b) eingeschränkt gegenüber einer Ehefrau; gegen eine Ehefrau kann nämlich von einem Verwandten der Antrag nur in folgenden Fällen gestellt werden: wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist oder wenn der Ehemann die Ehefrau verlassen hat oder wenn der Ehemann zur Stellung des Antrags dauernd außer stande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

Der Antrag eines Antragsberechtigten ist nicht bloß Erfordernis der Einleitung des Verfahrens, sondern zugleich auch Voraussetzung der Entmündigung.

Daraus folgt: die Entmündigung ist unstatthaft und das Verfahren einzustellen, wenn der Antrag zurückgenommen wird (vgl. BGB. § 1908[1]), wenn der Antragsteller aufhört, antragsberechtigt zu sein[2]) (z. B. er ist ein Verwandter der zu Entmündigenden und diese verheiratet sich), wenn er stirbt,[2]) nicht aber, wenn er prozeßunfähig wird; denn von der Prozeßfähigkeit hängt nicht das Antragsrecht ab, sondern die Wirksamkeit der Prozeßhandlung.

Was die Form des Antrages angeht, so kann er bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden. Zum Zwecke der Vorbereitung des Verfahrens sollen darin die ihn begründenden Tatsachen angegeben und die Beweismittel bezeichnet werden. ZPO. § 647.

Vor Einleitung des Verfahrens kann das Gericht die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen. ZPO. § 649.

---

[2]) Das ist ziemlich allgemein angenommen.

[2]) Meist wird dieser Fall dem des Verlustes der Prozeßfähigkeit gleichbehandelt.

II. Zuständig für die Einleitung des Verfahrens ist das Amtsgericht, bei dem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Gegen einen Deutschen, welcher im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, kann der Antrag bei dem Amtsgericht gestellt werden, in dessen Bezirk der zu Entmündigende seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte; fehlt es auch an einem solchen, so greift der ergänzende Gerichtsstand der Hauptstadt (§ 15[1] Satz 2, 3) Platz. ZPO. § 648.

Die Zuständigkeit für die Einleitung des Verfahrens ist eine ausschließliche. ZPO. § 648[1]. Nach der Einleitung aber kann das Gericht das weitere Verfahren mitsamt der Entscheidung dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der zu Entmündigende aufhält, überweisen, wenn es dies mit Rücksicht auf die Verhältnisse des zu Entmündigenden für erforderlich hält, namentlich also in dem Falle, daß eine persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden durch das entscheidende Gericht selbst notwendig, außerhalb seines Aufenthaltes aber unausführbar oder doch bedenklich erscheint. Nicht mehr zulässig ist die Überweisung, wenn das Gericht den zu Entmündigenden bereits selbst (gemäß § 654[1]) vernommen hat. ZPO. § 650[1 2].

In gleicher Weise ist das Gericht, an welches die Überweisung erfolgt ist, zu einer weiteren Überweisung befugt, wenn nach der Übernahme ein Wechsel des Aufenthalts des zu Entmündigenden eintritt (und wohl auch dann, wenn er noch vor der Übernahme ohne Wissen des Gerichtes eingetreten war). ZPO. § 651.

Das Gericht, an welches die Überweisung erfolgt, kann in jedem Falle die Überweisung ablehnen, wenn es sie nicht für gerechtfertigt hält; dann entscheidet darüber das zunächst höhere Gericht. §§ 650[2], 651[2].

III. Zur Wahrung des öffentlichen Interesses ist der Staatsanwalt befugt, bei dem Verfahren mitzuwirken, auch wenn der Entmündigungsantrag nicht von ihm gestellt ist. Er kann das Verfahren durch Stellung von Anträgen betreiben und den Terminen beiwohnen. ZPO. § 652.

Um diese Mitwirkung zu ermöglichen, muß ihn das Gericht von der Einleitung des Verfahrens wie von einer Überweisung (nach §§ 650, 651) in Kenntnis setzen; auch sind ihm alle Termine von Amts wegen bekannt zu geben. ZPO. § 652.

IV. Die zur Feststellung des Geisteszustandes notwendige Untersuchung hat das Gericht von Amts wegen vorzunehmen. Es hat von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und alle sich als erheblich darstellenden Beweise aufzunehmen. Dabei sind namentlich auch die Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen, die im Antrag angegeben sind. Auf der anderen Seite muß noch vor Beginn der Untersuchung dem zu Entmündigenden, und ebenso seinem gesetzlichen Vertreter, dem die Sorge für seine Person zusteht (wenn er nicht selbst der Antragsteller ist), Gelegenheit gegeben werden, Beweismittel zu bezeichnen, welche die Entmündigung abzuwenden geeignet sind. ZPO. § 653[1].

Für die Feststellung des Geisteszustandes ist aber von größter Wich-

tigkeit die Vernehmung des zu Entmündigenden selbst und seine Beobachtung durch Sachverständige.

1. Eine persönliche Vernehmung des zu Entmündigenden, im Beisein eines oder mehrerer Sachverständigen, muß denn auch in der Regel stattfinden; sie darf nur dann unterbleiben, wenn sie mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist[4]) oder von Nachteil für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden sein würde. ZPO. § 654[1 3].

Sie muß nicht notwendig durch den Entmündigungsrichter selbst, sondern kann auch durch einen ersuchten Richter geschehen. § 654[2].

Zum Zwecke der Vernehmung kann die Vorführung angeordnet werden. § 654[1].

2. Die Entmündigung darf nicht ausgesprochen werden, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat. ZPO. § 655. Ist der Geisteszustand zweifelhaft, so kann das Gericht anordnen, daß der zu Entmündigende zu genauerer Beobachtung in eine Heilanstalt gebracht werde, aber nur auf höchstens sechs Wochen und unter folgenden Voraussetzungen: 1. die Maßregel muß nach ärztlichem Gutachten zur Feststellung des Geisteszustandes geboten, 2. ohne Nachteil für den Gesundheitszustand des zu Entmündigenden ausführbar sein; 3. sie bedarf der Zustimmung des Antragstellers. ZPO. § 656[1].

Vor der Entscheidung sind die im § 646 bezeichneten Personen, soweit tunlich, zu hören.

Der Beschluß, durch welchen die Unterbringung angeordnet wird, kann von dem zu Entmündigenden selbst, aber auch von Staatsanwaltschaft und den sonstigen im § 646 bezeichneten Personen (und zwar von diesen innerhalb der für den zu Entmündigenden laufenden Frist) mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. ZPO. § 656.

Für die Vernehmung und Beeidigung der Zeugen und Sachverständigen gelten die allgemeinen Bestimmungen (Buch 2 Abschn. 1 Titt. 7 u. 8). Bedenklich allerdings die Anwendbarkeit des § 357. — Die Haft als Mittel des Zeugniszwanges (§ 390) kann von Amts wegen angeordnet werden. ZPO. § 653[2].

V. Ist das Gericht zugleich auch Vormundschaftsbehörde, so kann es schon während der Dauer des Verfahrens eine vorläufige Vormundschaft einleiten (BGB. § 1906). Andernfalls hat es, wenn ihm die Anordnung einer Fürsorge für die Person oder das Vermögen des zu Entmündigenden erforderlich scheint, zu diesem Zwecke sogleich der Vormundschaftsbehörde Mitteilung zu machen. ZPO. § 657.

VI. Die Kosten des Verfahrens sind, wenn die Entmündigung erfolgt, von dem Entmündigten zu tragen. Wird die Entmündigung abgelehnt, so können die Kosten dem privaten Antragsteller ganz oder teilweise auferlegt werden, insoweit ihn, nach Ermessen des Gerichtes, bei Stellung des Antrages ein Verschulden trifft. ZPO. § 658.

---

[4]) Z. B. bei Tobsucht.

VII. Der Beschluß über den Antrag ist, er mag die Entmündigung aussprechen oder ablehnen, dem Antragsteller und dem Staatsanwalt zuzustellen. ZPO. § 659. Der Beschluß, welcher die Entmündigung ausspricht, ist, wenn der Entmündigte unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, demjenigen gesetzlichen Vertreter zuzustellen, welchem die Sorge für die Person des Entmündigten zusteht; er ist auch dem Entmündigten selbst zuzustellen, wenn die Entmündigung wegen Geistesschwäche, nicht, wenn sie wegen Geisteskrankheit erfolgt ist.

Immer ist der Entmündigungsbeschluß der Vormundschaftsbehörde (sofern nicht der Entmündigungsrichter zugleich der Vormundschaftsrichter ist) mitzuteilen. ZPO. § 660. Der die Entmündigung ablehnende Beschluß ist auch demjenigen zuzustellen, dessen Entmündigung beantragt war. ZPO. § 662.

Die Mitteilung an die Vormundschaftsbehörde wie alle die vorgeschriebenen Zustellungen erfolgen von Amts wegen.

VIII. Die Entmündigung tritt aber nicht schon sofort mit dem Erlasse des Entmündigungsbeschlusses in Wirksamkeit. Ihr Wirkungsbeginn bestimmt sich verschieden, je nachdem sie wegen Geisteskrankheit oder wegen Geistesschwäche ausgesprochen ist.

1. Ist sie wegen Geisteskrankheit ausgesprochen, so sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden.

a) Steht der Entmündigte unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft, so wird die Entmündigung wirksam mit der Zustellung an den zur Sorge für die Person berufenen gesetzlichen Vertreter.

b) Andernfalls tritt sie mit der Bestellung des Vormundes in Kraft.

2. Die Entmündigung wegen Geistesschwäche tritt in Kraft mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten selbst. ZPO. § 661.

IX. Die Anfechtung des Beschlusses gestaltet sich verschieden, je nachdem er die Entmündigung ablehnt oder sie ausspricht.

Der die Entmündigung ablehnende Beschluß kann von dem Antragsteller wie von dem Staatsanwalt durch sofortige Beschwerde angefochten werden; Offizialuntersuchung (§ 653), Mitwirkungsbefugnis der Staatsanwaltschaft (§ 652) findet auch in der Beschwerdeinstanz statt. ZPO. § 663.

Gegen den Entmündigungsbeschluß aber ist eine Klage, die Anfechtungsklage, gegeben, welche die Sache auf den Weg des Streitverfahrens bringt.

B. Landgerichtliches Anfechtungsverfahren.

I. Anfechtungsklage. ZPO. §§ 664 ff.

1. Zur Erhebung der Anfechtungsklage sind befugt: der Entmündigte selbst, sein zur Sorge für die Person berufener gesetzlicher Vertreter und die übrigen in § 646 bezeichneten Personen. § 664[1].

2. Die Klage ist nur binnen der Frist eines Monates zulässig. Die Frist beginnt:

1) Bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit:

a) für den Entmündigten selbst mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Entmündigung Kenntnis erlangt;

b) für die übrigen Personen mit dem Zeitpunkt, in welchem die Entmündigung in Wirksamkeit tritt.

2) Bei der Entmündigung wegen Geistesschwäche:

a) für den gesetzlichen Vertreter des unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Entmündigten mit dem Zeitpunkt, in welchem ihm der Beschluß zugestellt wird;

b) für den Entmündigten selbst, und ebenso für die übrigen Klagberechtigten mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Entmündigten der Beschluß zugestellt wird. § 664 [1] [3].

Die Klage bezweckt gleich einem Rechtsmittel die Anfechtung einer gerichtlichen Entscheidung[5]) und die Klagfrist hat denn auch den gleichen Zweck wie eine Rechtsmittelfrist: die Anfechtbarkeit der Entscheidung zeitlich zu begrenzen. Sie ist also im öffentlichen Interesse gesetzt und ihre Einhaltung von Amts wegen zu prüfen.[6]) Eine Notfrist ist sie aber nicht, gegen ihre Versäumung findet daher keine Wiedereinsetzung statt. Nach ihrem Ablauf kann die Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses nur im Wege der Wiederaufhebungsklage erlangt werden.

Eine Verlängerung oder Verkürzung der Frist durch Parteivereinbarung ist auch schon darum ausgeschlossen, weil es vor der Klagerhebung, im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren, keine Parteien gibt.

3. Da das Amtsgericht im öffentlichen Interesse, auf Grund eigener, vom Antragsteller unabhängiger Untersuchung, die Entmündigung verfügt, so ist für die Anfechtungsklage die Person des Beklagten nicht von selbst gegeben. Das Gesetz bestimmt darüber:

Die Klage ist gegen den Staatsanwalt zu richten; ist es aber der Staatsanwalt selbst, der die Klage erhebt, so hat er sie gegen denjenigen gesetzlichen Vertreter des Entmündigten zu richten, dem die Sorge für die Person zusteht. ZPO. § 666 [1] [2].

Ist eine Privatperson (§ 646[1]) der Antragsteller, so ist sie vom Kläger unter Mitteilung der Klage zum Termine zur mündlichen Verhandlung zu laden; und tritt sie dem Verfahren bei, so hat sie die Stellung eines notwendigen Streitgenossen (§ 62) des Hauptbeklagten. ZPO. § 666[3].

4. In Bezug auf die Entmündigungsklage gilt der Entmündigte als prozeßfähig. Er kann selbst einen Rechtsanwalt sich wählen und bevoll-

---

[5]) Nach anderer Auffassung ist sie eine Bewirkungsklage; vgl. oben § 18 VI.
[6]) ERG. Bd. 40 Nr. 112.

mächtigen; auf seinen Antrag ist ihm vom Prozeßgericht ein Rechtsanwalt beizuordnen.[7]) ZPO. § 668.

5. Die Anfechtungsklage kann nur darauf gegründet werden, daß es dem Entmündigungsbeschluß an einer der wesentlichen, materiellen oder prozessualen Gültigkeitsbedingungen mangele: daß er von einem unzuständigen, Gerichte erlassen, daß der Antrag nicht von einem Antragsberechtigten gestellt, daß der im Beschluß angenommene Grund der Entmündigung nicht bestanden habe. Auf eine erst nach Abschluß der Untersuchung eingetretenen Änderung kann eine Wiederaufhebungsklage, aber keine Anfechtungsklage gegründet werden.

Die herrschende Meinung sieht als maßgebend den Zeitpunkt an, in dem der Entmündigungsbeschluß „erlassen" ist. Aber entweder kommt es darauf an, ob der Beschluß richtig begründet oder ob er mit Recht in Wirksamkeit getreten ist. Im letzteren Falle müßte der Zeitpunkt entscheiden, in welchem die Entmündigung wirksam geworden ist. Von praktischer Wichtigkeit ist die Frage wegen der Verschiedenheit in den Folgen der Anfechtung (BGB. § 115) und der Wiederaufhebung.

6. Mit der Anfechtungsklage kann eine andere Klage nicht verbunden, Widerklage nicht dagegen erhoben werden. ZPO. § 667.

II. Zuständig für die Klage, und zwar ausschließlich, ist dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk das Amtsgericht, welches über die Entmündigung entschieden hat, seinen Sitz hat. ZPO. § 665.

III. Das Anfechtungsverfahren bezweckt die Nachprüfung des Entmündigungsbeschlusses.

1. Die Ergebnisse der ihm zu Grunde liegenden Sachuntersuchung sind, soweit es zur Prüfung seiner Richtigkeit erforderlich ist, von den Parteien bei der mündlichen Verhandlung vorzutragen. Sofern der Vortrag unrichtig oder unvollständig, hat der Vorsitzende Berichtigung oder Vervollständigung zu veranlassen, nötigenfalls zu diesem Zwecke die Verhandlung wiederzueröffnen. ZPO. § 669.

2. Die Nachprüfung erfolgt nach analogen Grundsätzen, wie die amtsgerichtliche Untersuchung. Das Gericht kann von Amts wegen Ermittelungen veranstalten; die auf die Feststellung des Sachverhältnisses bezüglichen Bestimmungen, welche die Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand zur Voraussetzung haben, sind ausgeschlossen; es finden in dieser Hinsicht die Vorschriften der §§ 617[1-3], 618, 622 (über das Verfahren, das die Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstand hat) entsprechende Anwendung. Parteieid (auch ein richterlicher Eid) ist unstatthaft. ZPO. § 670.

3. Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften, die für das amtsgerichtliche Verfahren über die persönliche Vernehmung des zu Ent-

---

[7]) Dieser hat die Stellung eines Prozeßbevollmächtigten, nicht eines gesetzlichen Vertreters. Vgl. dazu ERG. Bd. 35 Nr. 90.

mündigenden und über die Anhörung von Sachverständigen gegeben sind. Die letztere darf aber unterbleiben, wenn das Gericht das im amtsgerichtlichen Verfahren erstattete Gutachten für genügend hält. ZPO. § 671.

4. Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so geht das Urteil dahin, daß der Entmündigungsbeschluß aufgehoben werde. Die Aufhebung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils in Wirksamkeit. Wohl aber können schon vorher, im Wege einstweiliger Verfügung (§§ 936—944), Maßregeln getroffen werden, die zum Schutze der Person oder des Vermögens des Entmündigten erforderlich sind. ZPO. § 672.

Die Folgen der Aufhebung bestimmen sich nach BGB. § 115.

Wenn der Staatsanwalt unterliegt, so ist zur Zahlung der Prozeßkosten, die nach den allgemeinen Grundsätzen dem Gegner zu erstatten sind, die Staatskasse zu verurteilen. Ist die Klage vom Staatsanwalt erhoben, so hat die Staatskasse auch im Fall seines Sieges die Kosten zu tragen. ZPO. § 673.

Von jedem Endurteil, es mag die Klage abweisen oder den Entmündigungsbeschluß aufheben, hat das Prozeßgericht sowohl der Vormundschaftsbehörde wie dem Amtsgericht Mitteilung zu machen. ZPO. § 674.

C. Aufhebungsverfahren.

I. Amtsgerichtliches Verfahren.

1. Die Entmündigung muß auf Antrag wieder aufgehoben werden, wenn ihr Grund nachträglich weggefallen ist.

2. Antragsberechtigt ist: 1) der Entmündigte selbst; 2) sein zur Sorge für die Person berufener gesetzlicher Vertreter; 3) der Staatsanwalt. ZPO. § 675.

3. Zuständig für die Wiederaufhebung ist, und zwar ausschließlich, dasjenige Amtsgericht, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Der Antrag kann bei dem Amtsgericht gestellt werden, welches über die Entmündigung entschieden hat, wenn der Entmündigte im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat und entweder ein Deutscher oder zwar ein Ausländer aber im Inland entmündigt ist. § 676[1,2].

4. Die Entscheidung erfolgt in Gestalt eines Beschlusses, auf Grund einer Offizialuntersuchung, auf welche die Bestimmungen über das der Entmündigung zu Grunde liegende Verfahren (§ 647, §§ 649—655) entsprechende Anwendung finden. §§ 675, 676[3].

Zweifelhaft ist die entsprechende Anwendung des § 655. Sie führt wohl dazu, daß nur die den Antrag stattgebende Entscheidung, hier also die Wiederaufhebung, die vorgängige Vernehmung eines Sachverständigen erfordert.

S. im übrigen ZPO. § 678.

Hinsichtlich der Kosten des Verfahrens § 677.

II. Landgerichtliches Verfahren.

1. Wird die Wiederaufhebung abgelehnt, so kann sie im Wege der Klage beantragt werden; zur Klagerhebung ist befugt: der Staatsanwalt und der gesetzliche Vertreter des Entmündigten, dem die Sorge für die Person zusteht; will dieser nicht die Klage erheben, so kann der Vorsitzende nach seinem Ermessen dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als besonderen (gesetzlichen) Vertreter beiordnen. § 679[1–3]. Das Verhältnis der Klage zu dem ablehnenden Beschluß ist das analoge, wie das der Anfechtungsklage zum Entmündigungsbeschluß; auf das Verfahren finden die Vorschriften über den Anfechtungsprozeß (§§ 665—667, 669—674) entsprechende Anwendung. ZPO. § 679[4].

D. Der Tod der Person, um deren Entmündigung es sich handelt, macht das Entmündigungsverfahren unmöglich, ein amtsgerichtliches Verfahren, wie einen Anfechtungs- oder Wiederaufhebungsprozeß. Ein schon anhängiger Anfechtungs- oder Wiederaufhebungsprozeß kann nach dem Tode des Entmündigten nicht fortgesetzt werden.

Dies die herrschende Meinung; mit Recht; denn der dem Verfahren wesentliche Zweck ist nach dem Tode des Entmündigten nicht mehr erreichbar.

E. Im Entmündigungsverfahren wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ist die Öffentlichkeit stark eingeschränkt. GVG. § 172.

1. Völlig ausgeschlossen ist sie im amtsgerichtlichen Verfahren wegen Entmündigung oder Wiederaufhebung der Entmündigung.

2. Im landgerichtlichen Anfechtungs- oder Aufhebungsprozeß ist sie während der Vernehmung des Entmündigten auszuschließen und kann sie, auf Antrag einer der Parteien, überhaupt ausgeschlossen werden.

§ 120b.

Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht.

ZPO. §§ 680 ff.

I. Auch sie erfolgt auf Antrag durch amtsgerichtlichen Beschluß. ZPO. § 680[1 2].

Antragsberechtigt sind die gleichen Personen, die auch (nach § 646[1]) die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zu beantragen berechtigt sind.

Nicht antragsberechtigt dagegen ist die Staatsanwaltschaft. Wohl aber können durch Landesgesetz Gemeinden oder ihnen gleichstehende Verbände oder Armenverbände ermächtigt sein, die Entmündigung wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht zu beantragen. § 680[4].

II. Das amtsgerichtliche Verfahren richtet sich nach denselben Regeln, welche für die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gelten, mit folgenden Besonderheiten. § 680[3].

1. Die Staatsanwaltschaft ist zur Mitwirkung nicht berufen (unanwendbar also § 652). § 680[3].

2. Unanwendbar sind die Vorschriften, welche auf die besondere Art der Feststellung des Geisteszustandes, namentlich die Vernehmung des zu Entmündigenden, Bezug haben und die damit zusammenhängenden Bestimmungen über die Zulässigkeit der Überweisung an das Amtsgericht des Aufenthaltsortes. §§ 649—651, 644—656.

3. Ist die Entmündigung wegen Trunksucht beantragt, so kann, wenn zu erwarten ist, daß der zu Entmündigende sich bessern werde, insbesondere dann, wenn er sich freiwillig einem Heilverfahren unterzieht, das Gericht auf eine nach seinem Ermessen zu bestimmende Zeit das Verfahren aussetzen. § 681.

4. Die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens fallen auch hier, wenn die Entmündigung erfolgt, dem Entmündigten, wenn sie aber abgelehnt wird, dem Antragsteller (nicht wie nach § 658 der Staatskasse) zur Last. § 682.

5. Die Entscheidung über den Antrag ist dem Antragsteller und demjenigen, dessen Entmündigung beantragt ist, von Amts wegen zuzustellen. § 683[1].

Wird die Entmündigung ausgesprochen, so tritt sie mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten ein. Den Entmündigungsbeschluß hat das Gericht von Amts wegen der Vormundschaftsbehörde mitzuteilen. § 683[2].

III. Der Entmündigungsbeschluß kann mittels Klage, hier aber nur vom Entmündigten selbst, angefochten werden. Die Beiordnung eines Vertreters (wie sie § 668 vorsieht) findet nicht statt. Die Klagfrist (auch hier ein Monat) beginnt mit der Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten.

Die Klage ist gegen den Antragsteller, wenn aber dieser verstorben oder sein Aufenthalt unbekannt oder im Auslande ist, gegen den Staatsanwalt zu richten. § 684[1–3].

Auf das Anfechtungsverfahren finden im übrigen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gelten. § 684[4].

Ausgeschlossen sind auch hier die Bestimmungen, wie im amtsgerichtlichen Verfahren, welche die Vernehmung des Entmündigten und die Anhörung von Sachverständigen vorschreiben. § 671, vgl. §§ 654, 655.

IV. Die Wiederaufhebung der Entmündigung erfolgt auf Antrag durch Beschluß des Amtsgerichts. Antragsberechtigt ist der Entmündigte, sowie derjenige gesetzliche Vertreter, welcher die Sorge für die Person zusteht. Für die Form des Antrages gilt § 647, für die Offizialuntersuchung § 653; es finden ferner auch die §§ 676[1 2], 677, 678[1 3] entsprechende Anwendung. § 685.

V. Wird der Wiederaufhebungsantrag abgelehnt, so kann nun (wie bei der Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche) in Gestalt einer Klage die Wiederaufhebung beantragt werden. Dazu befugt ist der zur Sorge für die Person berufene gesetzliche Vertreter des Entmündigten; wenn dieser die Klage nicht erheben will, kann der Vorsitzende des Prozeßgerichts dem Entmündigten einen Rechtsanwalt als besonderen gesetzlichen Vertreter beiordnen. Die Person des Beklagten bestimmt sich ebenso wie bei der Anfechtungsklage (§ 686[3], vgl. § 684[3]).

Auf das Verfahren finden die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche in den §§ 665, 667, 669, 670, 672—674 für den Wiederaufhebungsprozeß bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gegeben sind. § 686.

VI. Die Entmündigung einer Person wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht ist vom Amtsgericht (in der landesgesetzlich näher bestimmten Form) öffentlich bekannt zu machen; ebenso die Wiederaufhebung der Entmündigung. § 687.

Drittes Buch.

Mahnverfahren.[1]

§ 121.

I. Das Mahnverfahren ist ein einfaches und billiges Verfahren zur schleunigen Durchsetzung unstreitiger Ansprüche.[2] Auf einseitiges Gesuch des Gläubigers wird ein gerichtlicher Zahlungsbefehl erlassen, der allerdings seine Geltung verliert, wenn der Schuldner innerhalb bestimmter Frist Widerspruch erhebt. Erfolgt aber kein Widerspruch, so erlangt, ohne Verhandlung, der Gläubiger nicht bloß die Vollstreckbarkeit, sondern auch die urteilsmäßige Feststellung seines Anspruches. Dazu bedarf es eines neuen richterlichen Befehles, eines „Vollstreckungsbefehles", der einem (für vorläufig vollstreckbar erklärten) Versäumnisurteile gleichsteht; denn wie ein Versäumnisurteil beruht er darauf, daß der Schuldner die ihm dargebotene Gelegenheit zur Bestreitung des Anspruches nicht benutzt hat.

Entsteht ein Streit, sei es durch Widerspruch gegen Zahlungsbefehl, sei es durch Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl, so kann er

---

[1]) Komment. zu ZPO. §§ 688 ff. Schmidt § 130. Aus der Spezialliteratur: Kohler, Forschungen S. 130 ff. Skedl, Das Mahnverfahren (1891).

[2]) Durch die Gerichtsferien wird denn auch das Mahnverfahren nicht berührt. GVG. § 204.

nur im Wege des ordentlichen Verfahrens zur Entscheidung gebracht werden. Das Mahnverfahren selbst ist zur Erledigung eines Streites nicht geschaffen, endigt vielmehr, sobald Widerspruch oder Einspruch erhoben ist.

In keinem Falle ist das Mahnverfahren obligatorisch; es steht im Belieben des Gläubigers, ob er seinen Anspruch durch Klage oder im Wege des Mahnverfahrens geltend machen will. Die Mehrkosten einer Klage fallen ihm nie zur Last.

II. Das Mahnverfahren hängt durch die Partikulargesetzgebung, besonders die Preußische hindurch, mit dem bedingten Mandatsprozesse des gemeinen Rechtes zusammen; auch er beginnt mit einem „Zahlungsmandat" (mandatum cum clausula), das dadurch „bedingt" ist, daß der Schuldner nicht widerspricht.[3])

III. Das Mahnverfahren ist ein Verfahren der streitigen, nicht der freiwilligen Gerichtsbarkeit; es ist kein Vollstreckungsverfahren,[4]) denn es vermag zu einer Entscheidung führen, welche die Wirkungen eines Endurteiles hat.

IV. Für die einzelnen Mahnsachen werden keine besonderen Akten geführt; ihre gerichtliche Beurkundung erfolgt durch den Gerichtschreiber in einem allgemeinen Mahnregister, dessen Einrichtung durch die Landesjustizverwaltung bestimmt wird.

Es bedarf denn auch über die mündlichen Erklärungen der Parteien (Gesuch, Widerspruch) nicht der Aufnahme eines Protokolls, ZPO. § 702; sie wird ersetzt durch Aufnahme in das Mahnregister.

V. Voraussetzungen. ZPO. § 688.

1. Für das Mahnverfahren ist nicht jeder Anspruch geeignet, sondern (wie für den Urkundenprozeß) nur ein solcher, der auf eine Geldzahlung oder auf Leistung von anderen vertretbaren Sachen, insbesondere von Wertpapieren gerichtet ist; er muß ferner ein bestimmter, ein fälliger und darf (nach Inhalt des Gesuchs) nicht von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig sein.

Wird also ein Anspruch aus einem zweiseitigen Vertrage geltend gemacht, so muß in dem Gesuche behauptet sein, daß vom Gläubiger vorgeleistet oder daß der Schuldner zur Vorleistung verpflichtet sei.

Auf die Höhe des Anspruches kommt nichts an; auch der Grund des Anspruches ist gleichgültig; er kann ein persönlicher oder ein dinglicher sein; als auf Geldzahlung gerichtet gilt insbesondere auch der Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld.

2. Unstatthaft ist das Mahnverfahren, wenn die Zustellung des Zahlungbefehles im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

VI. Das Mahnverfahren gehört, ohne Rücksicht auf Art und Höhe des Anspruches, zur sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte. Und zwar ist ausschließlich zuständig dasjenige Amtsgericht, bei welchem der Gerichtsstand des Wohnsitzes oder des Aufenthaltes (§ 20) oder der dingliche Gerichtsstand begründet wäre, wenn, die sachliche Zuständigkeit des

---

[3]) Bayer, Theorie der summarischen Prozesse §§ 16 ff.
[4]) Dies die Meinung Skedls a. a. O. Dagegen Pollak, Z. Bd. 19 S. 126 ff.

Amtsgerichtes vorausgesetzt, der Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht würde. ZPO. § 689.

Für die in ZPO. § 24 bezeichneten Ansprüche ist allein der dingliche Gerichtsstand gegeben. Im übrigen hat unter den drei genannten Gerichtsständen der Gläubiger die Wahl.[5])

VII. Das Verfahren wird eingeleitet durch ein Gesuch des Gläubigers. Da dieses zwar nicht auf ein nach mündlicher Verhandlung zu erlassendes Urteil, doch aber auf eine Entscheidung gerichtet ist, welche die Wirkungen eines Urteiles haben soll, so gleicht sein wesentlicher Inhalt dem einer Klage (ZPO. § 253), nur daß an Stelle des Antrags auf Urteil und der Ladung zu mündlicher Verhandlung das Gesuch um Erlassung des Zahlbefehles tritt. ZPO. § 690.

Es muß außer diesem also noch enthalten: die Bezeichnung der Parteien nach Name, Stand oder Gewerbe und Wohnort, die Bezeichnung des Gerichts und die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs.

In einem und demselben Gesuche können mehrere Ansprüche zugleich (desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner, oder Ansprüche mehrerer Gläubiger oder gegen mehrere Schuldner, sofern die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft gegeben sind) geltend gemacht werden.

Das Gesuch kann schriftlich angebracht werden oder mündlich; im letzteren Falle ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich. Dem Gegner wird es nicht abschriftlich mitgeteilt. § 702. Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger ein anderer den Zahlungsbefehl nachsucht. § 703.

VIII. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gesuch den prozessualen Anforderungen entspricht, und ob, nach den darin aufgestellten Behauptungen, der Anspruch begründet und fällig erscheint. Das Gesuch ist im ganzen zurückzuweisen, wenn auch nur für einen Teil des Anspruchs der Zahlungsbefehl nicht erlassen werden kann.

1. Die zurückweisende Verfügung hat in keinem Sinne materielle Rechtskraft; auch kann sie nicht angefochten werden; dem Gläubiger bleibt nur der Weg der Klage übrig. ZPO. § 691.

Die zurückweisende Verfügung ist dem Gläubiger von Amts wegen mitzuteilen; die Form der Zustellung ist nicht dafür vorgeschrieben.

Im einzelnen ist also zu prüfen, ob der Rechtsweg und ob das Mahnverfahren zulässig, ob das Gericht zuständig, ob das Gesuch den vorgeschriebenen Inhalt habe; zurückzuweisen ist es auch, wenn es von einem Parteiunfähigen oder Prozeßunfähigen oder gegen einen Parteiunfähigen gestellt ist.

2. In dem Zahlungsbefehle ist dem Schuldner aufzugeben, bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung innerhalb einer Woche, vom Tage der Zustellung an gerechnet, entweder den Gläubiger wegen des Anspruches und der geforderten Zinsen, sowie der (dem Betrage nach zu bezeichnenden) Kosten des Verfahrens zu befriedigen oder beim Gerichte

[5]) Anwendbar ZPO. § 36 Nr. 1—4, 6 (Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das nächst höhere). So ERG. Bd. 39 Nr. 116.

Widerspruch zu erheben. Wie das Gesuch (§ 690 Nr. 1—3), so muß auch der Zahlungsbefehl die Parteien, das Gericht und den Anspruch, diesen nach seinem Grund, wie nach Betrag oder Gegenstand, bezeichnen. ZPO. § 692.

3. Für die Zustellung des Zahlungsbefehles hat der Gläubiger Sorge zu tragen; selbst oder durch Vermittlung des Gerichtschreibers. ZPO. §§ 166, 168.

4. Mit der Zustellung des Zahlungsbefehles verbinden sich, da er den wesentlichen Inhalt des Mahngesuches in sich schließt, in diesem aber die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches gelegen ist, die prozessualen[6]) und zivilrechtlichen[7]) Folgen der Rechtshängigkeit, so wie sie mit der Klagerhebung verknüpft sind. ZPO. § 693.

Das durch die Zustellung des Zahlungsbefehles anhängig gewordene Verfahren wird durch dieselben Gründe unterbrochen, wie ein ordentlicher Prozeß. Die Aufnahme erfolgt durch Ladung zu mündlicher Verhandlung über die Aufnahme. Darüber ist jetzt fast allgemeines Einverständnis.

Im Fall des Konkurses kann allerdings der Gläubiger die Feststellung seiner Forderung, wenn ihr widersprochen wird (vgl. KO. §§ 144, 146), nur im Weg der Klage erreichen.

IX. Die Widerspruchsfrist (§ 692) ist eine gesetzliche, jedoch keine Notfrist. Widerspruch ist aber noch statthaft, bis der Vollstreckungsbefehl verfügt ist.

Er kann gegen den ganzen Anspruch oder nur gegen einen Teil desselben erhoben werden. Erhoben wird er durch Erklärung beim Gericht. ZPO. § 694.

Hinsichtlich seiner Form und des Vollmachtsnachweises gelten die gleichen Bestimmungen (§§ 702, 703) wie für das Mahngesuch. Das Gericht hat von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch dem Gläubiger Kenntnis zu geben, auf Verlangen dem Schuldner eine Bescheinigung darüber erteilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe. ZPO. § 694[2]. Ist der Widerspruch nicht rechtzeitig erhoben, so bedarf es keiner ausdrücklichen Zurückweisung; diese ist von selbst in dem Erlasse des Vollstreckungsbefehles gelegen. ZPO. § 695.

1. Der rechtzeitig erhobene Widerspruch setzt den Zahlungsbefehl als solchen ohne weiteres außer Kraft.

Und zwar tritt er in vollem Umfang außer Kraft, auch wenn nur gegen einen Teil des Anspruches (wenn auch nur gegen eine Nebenforderung wie beispielsweise gegen eine Zinsforderung) Widerspruch erhoben ist. Ist aber der Widerspruch nur gegen einen von mehreren Ansprüchen erhoben, so bleibt bezüglich der übrigen der Zahlungsbefehl in Geltung.

Aber die mit seiner Zustellung verbundenen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben (mit Rücksicht auf das zu erwartende ordentliche Verfahren) vorerst noch erhalten. ZPO. § 695.

---

[6]) S. oben §§ 88 ff. Insbesondere: nach diesem Zeitpunkte bestimmt sich die Zuständigkeit des Gerichtes (vgl. auch ERG. Bd. 25 Nr. 92); die Einrede der Rechtshängigkeit wird begründet.

[7]) Vgl. auch BGB. § 209[2] Nr. 1, § 284[1] Satz 2.

Wird der erhobene Widerspruch zurückgenommen, so tritt der Zustellungsbefehl wieder in Kraft.[8])

2. Das weitere Verfahren entwickelt sich verschieden, je nachdem die wegen des Anspruchs zu erhebende Klage zur amtsgerichtlichen oder landgerichtlichen Zuständigkeit gehört.

a) Im ersteren Falle geht infolge des rechtzeitig erhobenen Widerspruches das Mahnverfahren unmittelbar in das ordentliche Verfahren über, indem nun die Zustellung des Zahlungsbefehles der Klagerhebung gleichgeachtet wird; jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage. ZPO. § 696.

b) Gehört aber die Sache zur landgerichtlichen Zuständigkeit, so bedarf es der förmlichen Klagerhebung bei einem zuständigen Gerichte; und die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen,[9]) wenn die Klage nicht innerhalb einer Frist von sechs Monaten erhoben wird, die von dem Tage an läuft, an welchem der Gläubiger von der Erhebung des Widerspruches benachrichtigt wird. ZPO. § 697.

3. Wenn die durch die Zustellung des Zahlungsbefehls begründete Rechtshängigkeit sich auf den anschließenden Rechtsstreit überträgt, so gehören zu den Kosten dieses Rechtsstreites auch die Kosten des Mahnverfahrens. § 698. Wird die landgerichtliche Klage nicht rechtzeitig (§ 697) erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen. § 689[2].

X. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist hat das Gericht auf Gesuch des Gläubigers (§ 702) den Vollstreckungsbefehl zu lassen, wenn nicht vorher vom Schuldner Widerspruch erhoben ist. Der Vollstreckungsbefehl ist auf den Zahlungsbefehl zu setzen; er besteht darin, daß dieser für vorläufig vollstreckbar erklärt wird; in den Vollstreckungsbefehl sind auch die vom Gläubiger zu berechnenden Kosten des seitherigen Verfahrens aufzunehmen. § 699[1].

1. Das Gesuch kann aber nur binnen einer Frist von sechs Monaten, die mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, gestellt werden; wird diese Frist versäumt, so verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft, und auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. § 701.

2. Der Vollstreckungsbefehl ist die Entscheidung, daß die prozessualen Voraussetzungen vorliegen, unter denen der Zahlungsbefehl die Kraft eines Urteils erlangt.

Das Gesuch des Gläubigers kann aus keinem anderen Grunde zurückgewiesen werden, als weil es an den prozessualen Voraussetzungen des Vollstreckungsbefehles mangele: weil der Zahlungsbefehl nicht zugestellt, die Widerspruchsfrist nicht abgelaufen, Widerspruch erhoben, die im § 701 bestimmte Frist verstrichen sei.

---

[8]) Darüber ist Streit unter den Komment.

[9]) Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung s. BGB. § 213.

Der Vollstreckungsbefehl kann nicht darum versagt werden, weil der Zahlungsbefehl nicht hätte erlassen werden sollen: weil der Anspruch nicht begründet, das Mahnverfahren nicht zulässig sei. Auch seine örtliche Zuständigkeit hat das Gericht nicht mehr von neuem zu prüfen.[10])

Hat der Gläubiger den Zahlungsbefehl verloren, so findet ZPO. § 733 entsprechende Anwendung. Nach anderer Meinung bliebe dem Gläubiger nur übrig, sein Gesuch zurückzunehmen und einen neuen Zahlungsbefehl zu beantragen.

3. Der zurückweisende Beschluß ist dem Gläubiger zuzustellen; er kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. § 699[2]. Mit der Rechtskraft des Beschlusses endigt das Mahnverfahren; der Zahlungsbefehl verliert seine Kraft, die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. § 701, Satz 2.

4. Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich; er unterliegt dem Einspruche (ZPO §§ 338—346).

Nur diesem, nicht der Berufung (ZPO. § 513); wohl aber sind die Wiederaufnahmeklagen (Nichtigkeits- und Restitutionsklage) statthaft; und zwar gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat; wenn die Sache aber die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreitet, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht. ZPO. § 584[2].

Der Einspruch wird in jedem Falle beim Amtsgericht eingelegt. Er leitet, wenn die Sache zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit gehört, das Verfahren unmittelbar in den ordentlichen Rechtsstreit über; die Aufhebung des Vollstreckungsbefehles kann nur im Endurteil (vgl. ZPO. § 343) erfolgen.

Gehört aber die wegen des Anspruches zu erhebende Klage nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte, so hat das weitere amtsgerichtliche Verfahren nur die prozessuale Zulässigkeit des Einspruches zum Gegenstand; die Entscheidung erfolgt durch Endurteil, da sie das amtsgerichtliche Verfahren beendigt. Wird der Einspruch für zulässig erklärt, so tritt der Vollstreckungsbefehl außer Kraft[11]) und es bleibt nun dem Gläubiger überlassen, bei einem zuständigen Landgericht Klage zu erheben; die für die Klagerhebung in § 697 bestimmte Frist beginnt hier mit der Rechtskraft des Urteiles, das den Einspruch für zulässig erklärt. ZPO. § 700.

---

[10]) Das ist streitig. Aber das Gericht, das als zuständiges den Zahlungsbefehl erlassen, hat keinen Grund, seine Zuständigkeit noch einmal zu prüfen, wenn sie vom Schuldner selbst nicht beanstandet ist. Dagegen besonders Jastrow, Z. Bd. 11 S. 326 ff.

[11]) Skedl S. 141. Nach einer mehrfach vertretenen Meinung (vgl. die Komment. zu ZPO. § 700) bedarf es ausdrücklicher Aufhebung des Vollstreckungsbefehls. Es ist jedenfalls empfehlenswert, ausdrücklich auszusprechen, daß der Vollstreckungsbefehl außer Kraft trete.

Sachregister.

(Die Zahlen deuten auf die Seiten.)

A.

Abänderung des Beweisbeschlusses 201.
— des Urteils 238.
Abkürzung von Fristen 269.
Ablehnung des Gerichtschreibers 331.
— des Richters 328.
— des Sachverständigen 160.
Abnahme von Eiden, Verfahren bei 180.
Abnahmeverweigerung (Beweissicherung) 207.
Abrede nachträgliche, Beweislast 125.
Abschrift 34, 165.
— der Schriftsätze 190 f., 272.
Abstimmung 313 ff.
Abweisung der Klage 131, 212 ff., 377, 382.
Actio iudicati (bei Stellvertretung) 306.
Actiones certae (pluspetitio) 212.
— praeiudiciales 61.
Actor sequitur forum rei 85.
Advokatengenossenschaften 50.
Advokatenstand 45.
Advocatus 45, 84.
Akteneinsicht 253.
Aktenmaterial (bei fakultativer mündlicher Verhandlung) 319.
Aktenstudium 184.
Aktivlegitimation 65, 509.
Allgemeine Gerichtsordnung f. d. Pr. St. 15.
— Gerichtsstände 90 ff.
— Zivilprozeßordnung f. d. d. Bundesstaaten 17.
Alternativer Antrag 72.
— Forderung 72.
A momento ad momentum 268.
Amtlicher Verwahrer (Editionseid) 179.
Amtsgerichte 36 ff.
Amtsgerichtlicher Prozeß 46, 82, 194, 204, 382, 415 ff.
Amtssitz (allgemeiner Gerichtsstand von Behörden) 91.
Anerkenntnis 4, 81, 103 f., 193, 297, 299, 301, 306, 472.
Anerkenntnisurteil 103, 216, 514.
Anfechtbarkeit der Entscheidungen 312.
— des Urteils 333.
— des Versäumnisurteils 396.
Anfechtung einer Ehe 294, 526 ff.
— der Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes 294, 537.
Anfechtungsanspruch 66.
Anfechtungsklage 53, 97, 294.
Angriffsmittel 129.
Anlagen 191, 193, 195, 214, 224.
Annahme, Verweigerung der (Beweissicherung) 207.
Anschließung bei Berufung, Revision 428.
Anschlußpartei 429.
Anspruch 4, 11, 62, 95, 312, 357.
Anspruchsklage 57.
Antizipierte Erklärungen 196.
Anträge 186, 193, 299.
Anwalt 274.
Anwaltskammer 46, 50.
Anwaltsliste 48.
Anwaltsprozeß 46, 54, 82, 190, 191, 249, 250, 262, 263, 275, 286 ff.
Anwaltszwang 46, 82, 89, 187, 251, 262, 302, 306, 331.
Arbeitsverhältnisse (sachliche Zuständigkeit) 87.
Archivar (Editionseid) 179.
Armenanwalt (Legitimation) 306[6].
Armenrecht 8, 253, 319, 506.
Arrest 4, 55, 81.
Arrestforum 94.
Arrestschlag 94.
Arrestverfahren 319.
Assertorischer Eid 159.
Assistenzräte 45.
Audiatur et altera pars 5.
Audience 263.
Aufgabe zur Post, Zustellung durch 273.
Aufhebung des Termins 266.
Aufhebungsklage (Gerichtsstand des Erfüllungsortes) 96.
Auflösende Bedingung (Beweislast) 125.
Aufrechnung 81, 107, 192, 210, 215, 221, 235 f., 259, 299, 312, 511, 534.
Aufruf der Sache 266.
Aufschiebende Bedingung (Beweislast) 124.
Auftrag zu einer Prozeßhandlung 299.
Augenschein 116, 119, 130, 138, 149, 156 f., 194, 206.
Augenscheinsobjekte, Edition von 144 f.
Augenscheinsprotokoll 157.
Ausbleiben eines Zeugen 140.
Ausfertigung 165, 227 f., 272.
Aushang 228.
Ausländisches Gericht (Rechtshängigkeit) 366.

Ausländisches Gericht, Urteil 246 ff.
Auslegung eines Rechtssatzes 216.
Ausschließung des Gerichtschreibers, Gerichtsvollziehers 330.
— des Richters 327 f.
Ausschlußfristen 337.
Ausschluß der Öffentlichkeit 253.
Aussetzung des Verfahrens 259, 288, 292, 303, 316.
— in Ehesachen 532.
Auszüge 34, 226, 281.
Avoué 45, 396.

B.

Bagatellprozeß 15.
Bagatellsachen 47.
Barkauf (Beweislast) 125.
Barrister 45.
Beamte, Vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten 29.
— Schadensersatzansprüche gegen 29.
— des Reichs oder eines Bundesstaates im Auslande (allgemeiner Gerichtsstand) 90.
— öffentliche (Zeugnispflicht) 139.
Beauftragter Richter 175, 180, 188, 204, 271, 148, 194, 205, 317.
Bedingtes Endurteil 173, 174, 178, 198, 229, 259.
Beeidigung von Zeugen, Sachverständigen 158, 159, 160.
Befragung der Parteien 131.
Beglaubigung 165.
— zuzustellender Abschriften 272.
Begutachtung durch Vereine oder Behörden 145.
Behauptungslast 127.
Behörden (allgemeiner Gerichtsstand) 91.
— öffentliche, Editionseid 179.
— Zustellung an 276.
Beistand 44 ff., 84, 187, 306.
Beischlaf, außerehelicher (sachliche Zuständigkeit für Ansprüche aus) 87.
Beklagter 9, 73.
Beneficium nondum deducta deducendi 433.
Benennung des Besitzurhebers 502 ff.
Beratung 313 ff.
Berechnung der Fristen 268.
Bergwerk (allgemeiner Gerichtsstand) 91.
Berichtigung der Eidesnorm 145.
— des Tatbestandes 225.
Berufskonsul (allgemeiner Gerichtsstand) 90.
Berufung 186, 263, 342, 420 ff., 432 ff.
Berufungsinstanz 151, 173, 425, 510, 522, 529.
Beschädigung eines Grundstückes (dinglicher Gerichtsstand) 95.
Bescheinigung 109, 112, 129 f., 201, 221.
Beschlüsse 309
— Verkündung der 251 ff.
Beschränkte Haftung 213.
Beschwerde 141 f., 256, 289, 291, 421, 449 ff.
— sofortige 226, 252, 289, 291, 455.
Beschwerde, weitere 451.
Beschwerdegegenstand bei der Revision 88, 446.
Beschwerdesumme 450.
Beschwerdeverfahren 453.
Besetzung des Gerichtes 189.
Besitzer, mittelbarer 242, 246, 503.
Besitzklage (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Besitznachfolger 242.
Besondere Gebühr 202.
— Gerichtsstände 89.
Besorgnis der Befangenheit 327.
Bestreiten des Klaggrundes 196.
Bestreitung, substanziierte 168.
Betrag des Anspruches 220.
Betrieb des Prozesses 256 ff.
Bevollmächtigter 9, 80, 83, 158, 187, 302, 305.
Beweis 130, 324.
— Gegenstand des 115.
— im prozeßrechtlichen Sinne 152.
— künstlicher 116.
— mittelbarer 115 f.
— unmittelbarer 115.
Beweisantretung 6, 102, 118 ff., 134, 186, 198 ff.
Beweisaufnahme 6, 8, 152, 197, 266, 308, 343, 392.
— Anordnung der 134, 144 ff., 253.
— Unmittelbarkeit der 148 ff., 156, 182, 194, 208, 210, 224, 317 f., 407.
— verfahren 392.
— vor dem beauftragten Richter 324.
Beweisbeschluß 134 ff., 173, 200, 206, 213, 224, 257.
Beweiseinrede 121, 129, 166, 186, 196, 321.
Beweisergebnis 184.
Beweiserheblich 119, 135.
Beweisführer 150, 208.
Beweisführung 130, 321.
Beweisgrund 154.
Beweisinterlokut 198.
Beweislast 113, 121 ff.
— bei Zwischenstreit 200, 324 f., 374.
Beweismittel 6, 102, 129 ff.
— Beschaffung der 137.
— Eid 175 ff.
Beweispflichtige Partei, Eideszuschiebung 171.
Beweisregeln, positive und negative 152 ff.
— der C. P. O. 154.
Beweisregelung, gesetzliche 152.
Beweissatz 144.
Beweissicherung 54, 151, 206 ff., 258.
Beweisthema 128.
Beweistheorie, gesetzliche 153.
Beweistrennung 198.
Beweisurteil 198.
Beweisverbindung 198.
Beweisverhandlung 318.
Beweiswürdigung 151 ff., 156 ff.
Beweis zum ewigen Gedächtnis 206.
Beurkundung des Prozeßstoffes 192 ff., 308.
— des Sitzungsprotokolls 308.

Bewirkungsklage 61.
Bindende Parteierklärungen 300.
— — Beurkundung 193.
Blankettmißbrauch 163.
Bundesratsentwurf 18.
Bundesratsmitglieder (Erscheinungspflicht) 139.
Bundestag 19.
Bürgerliches Gesetzbuch 19.
Bürge 159.

C.

Carpzow, Benedikt 15.
Causa 63.
Causa restitutionis 347.
Cautio de rato 306.
— iudicatum solvi 306.
Clausulae guarentigiae 517.
Code de procédure civile 16.
Conclusions motivées 398.
Confessio in iure 105.
Confessus pro iudicato est 105, 517.
Conseil de l'ordre 50.
Conseil privé 443.
Contumacia 337, 411.
Contumax non appellat 411.
Contumacial-Urteil 411.
Corpus iuris iudiciarii civilis academicum 14.

D.

Da mihi factum, dabo tibi ius 218.
Decendium 420.
Défaut-Urteil 396, 399.
Defensor matrimonii 527.
Dereliktion eines Grundstückes (Bestellung eines gesetzlichen Vertreters) 80.
Devolutiveffekt der Rechtsmittel 420.
Dezisivdekrete 423.
Dienstbarkeit (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Dienstbote (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Diensteid 326.
Dienstverhältnis (sachliche Zuständigkeit) 87.
Differenzgeschäfte 247.
Dilatorische Einreden 197.
Dingliche Belastung (Gerichtsstand) 94.
Dingliches Recht 64.
Dingliches Rechtsverhältnis 64.
Dispositives Geständnis 117.
Dispositivurkunden 163.
Disziplinare Ahndung 268.
— Verfolgung 256.
Documenta per productionem fiunt communia 147.
Dolmetscher 249.
Dominus litis 306.
Dupliken 107.
Durantis 13.
Durchstreichungen in Urkunden 165.

E.

Echtheit einer Urkunde, Feststellung der 164.
Edition 143.
Editionseid 143, 178 f., 324.
Editionspflicht 179.
Editionsverfahren 143.
Editionszwang 137.
Editionszwischenstreit 322.
Eheanfechtungsklage 520.
Ehefrau, Prozeßfähigkeit einer 78.
— Wohnsitz 91.
Ehegatten, überlebende (beschränkte Haftung) 213.
Eheliches Güterrecht (subjektiver Umfang der Rechtskraft) 244.
Ehemann ohne Wohnsitz 91.
Ehenichtigkeitsklage 531.
Ehenichtigkeitsprozeß 534.
Ehesachen, Verfahren in 36, 51, 54, 77, 293, 525 ff.
Ehrengericht 51.
Ehrengerichtliche Strafe 50 ff.
Ehrengerichtliches Verfahren 51.
Eid, richterlicher 153, 167, 170, 177 ff., 324.
— zugeschobener 119, 146, 153, 167.
Eidesfähigkeit 171.
Eidesformel 180.
Eidesleistung, Form der 146, 179 ff., 344.
— bei Zwischenstreit 322.
— nachträgliche 408.
— im Urkundenprozeß 508.
Eidesmündigkeit 159.
Eidesnorm 168, 172, 179, 181.
— Änderungen der 175.
— Berichtigungen der 175.
Eidespflicht, Verletzung der 168.
Eidesurteil 134, 229, 422.
Eidesversäumnis 408
Eidesverweigerung 173.
Eideszuschiebung 119 ff., 128 f., 167 ff., 174, 322, 324.
— bei Streitgenossen 474.
— bei Nebenintervenienten 496.
— im Urkundenprozeß 520.
— im Wechselprozeß 525.
— Erklärung auf die 120.
Eigenmacht 1.
Eigentumsteilung, Klagen auf (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Einführungsgesetz zur ZPO. 19.
— zum BGB. 19.
Eingangsformel des Urteils 228.
Eingebrachtes Gut 78.
Einheitlichkeit der Verhandlung 399.
Einlassungsfrist 263, 265, 268, 391, 401, 416, 522.
Einleitung der Verhandlung 186.
Einrede 107 ff., 129, 213, 322.
— dilatorische 197.
— peremptorische 197.
— prozeßhindernde, s. prozeßhindernde Einreden.

Einrede des Erben 213.
— der Verjährung 218, 222.
— der rechtskräftig entschiedenen Sache 239.
— gegen die Klagbarkeit 108.
Einredebeweis 134.
Einredebegründende Tatsachen 126.
Einredegrund 221.
Einrederecht 123.
Einredetatsachen 107.
Einschaltungen in Urkunden 165.
Einspruch 263, 311 ff., 344, 395, 410 ff., 510.
— weiterer 413.
Einspruchsfrist 348, 412.
Einstweilige Verfügung 4, 55.
Einwendungen 70, 96, 106.
— gegen das Protokoll 194.
Einzelrichter 54, 313, 415.
Elemente der Entscheidung 234.
Elsaß-Lothringen (Gerichtsbarkeit) 27.
Elterliches Verhältnis 2.
Empfangsbedürftig 250.
Endentscheidung 223.
Endurteil 7, 209 ff., 258, 290, 304, 310 ff., 422, 500 f.
— bedingtes 178, 200, 202, 220, 291, 307, 323.
Enteignung eines Grundstückes (dinglicher Gerichtsstand) 95.
Entlassung des Beklagten im Prätendentenstreit 500.
— — bei Benennung des Besitzurhebers 504.
Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche 539 ff.
— wegen Verschwendung und Trunksucht 546 ff.
Entmündigunganfechtungsklagen 542, 547.
Entmündigungaufhebungsklagen 545, 547.
Entmündigungsbeschluß 542, 546.
Entmündigungssachen 3, 54, 537.
Entscheidung 4, 6, 8, 209 ff., 258, 308 ff.
Entscheidungen des Strafrichters 291.
Entscheidungsgewalt 11.
Entscheidungsgrundlage 195.
Entscheidungsgründe 223.
Entscheidungsreife 210.
Entscheidungsverfahren 53.
Entwurf, Norddeutscher 17.
— I—III der ZPO. 17.
— einer Prozeßordnung f. d. St. d. Nordd. Bundes 17.
Erbe (Aufnahme des Prozesses) 284.
Erbbaurecht (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Erblasser 95.
Erbschaftsbesitzer 95.
Erbschaftsgericht 95.
Erbschaftsteilung 95.
Eremodicium 404.
Erfüllung eines Anspruchs (Beweislast) 122.
— nach der Klagerhebung 213, 510.
— Zug um Zug 213.
Erfüllungsort 96.
Ergänzung des Urteils 211, 215.
— von Rechtsnormen durch den Richter 217.
Ergänzungsantrag 215, 251.
Ergänzungsrichter 314.
Ergebnis der Beweisaufnahme 187, 208.
Erhebliche Tatsachen 115.
Erkenntnis 4.
Erklärung, tatsächliche, der Parteien 109 ff., 131, 300.
Erklärungszwang 109.
Ermessen, richterliches 217.
— — bei der Prozeßleitung 316.
Ermittlung des Sachverhaltes 132.
Eröffnung gerichtlicher Entscheidungen 251.
Ersatzzustellung 276 ff., 303.
Erscheinungspflicht des Zeugen 139.
Erstes Verfahren im gemeinen Prozeß 198.
Erstprozeß 489.
Ersuchter Richter 175, 180, 188, 194.
Erweiterung des Umfangs der Rechtskraft durch Inzidentfeststellungsklage 237.
Eventualanspruch 270, 466.
Eventualaufrechnung 210, 221, 511.
Eventualitätsverhältnis 210.
Eventualmaxime 184, 197 ff., 392.
Exceptio 377.
— rei iudicatae 229.
— plurium litisconsortium 475.
Exekutivstrafe 141.
Exekutionsintervenient 489.
Exekutivprozeß 517.
Exemplifizierte Urkunden 209.
Exkommunikation als Ungehorsamsfolge 404.
Exposition sommaire des points de fait et de droit 226.
Exterritorial 32 f., 370, 376.
Exterritoriale Deutsche 90, 238.

F.

Fabrikarbeiter (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Familienbrief (Unterschrift) 163.
Familienrechtliche Verhältnisse (ausländisches Urteil) 247.
Feiertage, allgemeine 265, 268.
Ferienkammer 96.
Feriensachen 265, 295.
Feriensenate 296.
Feststellungsantrag 215.
Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, Klage auf 166.
— der Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes 536.
Feststellungsinteresse 60.
Feststellungsklagen 57 ff., 69, 88, 92, 214, 221, 244.
— negative 59 ff., 108, 489.
— positive 59 ff., 108.
Feststellungsurteil 57, 214, 232.
Fiktion 339 f.
Firma 74 f., 243.
Fiskus (allgemeiner Gerichtsstand) 91.
Forderungsprätendent 59, 245, 321, 500 ff.
Form der Parteiverhandlung 182, 300.

Form des Prozeßverkehrs 250.
— des Urteils 223.
Formalia causae 367.
Formelle Sicherheit der Urteilsgrundlage im schriftlichen Verfahren 183.
Formmangel des Urteils 313.
Fortsetzung der mündlichen Verhandlung 189, 192, 258, 320.
Forum 37.
— delicti commissi 97.
— prorogatum 99.
— rei sitae 95.
— solutionis 97.
Fragerecht und -pflicht des Gerichts 183, 214, 317.
Fragestellung, Pflicht des Gerichtes bei Urkunden 167.
Französisches Prozeßrecht 16.
Frau, Prozeßfähigkeit der 78.
Freie Beweiswürdigung 152.
Freiwillige Gerichtsbarkeit 207.
Frist 7, 123, 203, 228, 264, 267, 290, 304.
— Abkürzung einer 269.
— absolute 270.
— gesetzliche 268.
— richterliche 268.
— uneigentliche 268.
— Verlängerung einer 269.
Fristenlauf, Ruhen des 295.
Fristenversäumung 342.

G.

Gaill 15.
Garnisonort 90, 92.
Gebühr, besondere 202.
Gebühren 506.
Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher 18.
— für Rechtsanwälte 18.
— für Zeugen und Sachverständige 18, 141.
Gefährdegrund (Beweissicherung) 208.
Gegenaufrechnung 236.
Gegenbeweis 121, 128, 154.
Gegenforderung 221, 312.
Gegenseitigkeit (ausländisches Urteil) 248.
Gegenstand der Abstimmung 314.
Geheimhaltungspflicht 140.
Geisteskrankheit 538.
Geistesschwäche 538.
Geistliche (Zeugnisverweigerung) 139.
Gemeinde, Gerichtsstand der Mitgliedschaft 93.
— Zustellung 276.
Gemeiner, Zustellung an 274.
Genehmigung 303, 304.
Generalfragen 145.
Generalrolle 263.
Generalvollmacht 81.
Gerichte 3.
— besondere und ordentliche 19, 26, 31, 85, 292.
— erkennende 82.
— ersuchte 36.
— der Landesherrn 32.
Gerichte, Organisation der 35.
Gerichtsbarkeit, besondere und ordentliche 26.
— freiwillige 11, 24 ff.
— der Kirche 11.
— der Standesherrn 27.
— streitige 11, 26, 33 ff.
Gerichtsbesetzung 326 ff.
Gerichtsdiener 35, 279.
Gerichtsferien 265, 270, 295 f., 318.
Gerichtsgebrauch 13, 14.
Gerichtsgewalt 27.
Gerichtsherrlichkeit 26.
Gerichtskosten 506.
Gerichtskostengesetz 18.
Gerichtsschreiber 34, 82, 250, 310, 344.
— Zustellung 271, 275, 279.
Gerichtssprache 249.
Gerichtsstand 33, 37, 85, 89.
Gerichtsstände, allgemeine 90 f.
— besondere 91 ff.
— in Ehesachen 526.
— in Kindschaftssachen 537.
— der Widerklage 480.
Gerichtsstelle 267.
Gerichtstage 264.
Gerichtsverfassungsgesetz 18.
Gerichtsverfassungsnovelle 19.
Gerichtsvollzieher 34, 274 f., 330.
Gesamtnachfolger 242.
Gesamtschuldverhältnis, Wirkung des Urteils 245.
Geschäftsfähigkeit 77.
Geschäftsführer ohne Auftrag 305, 307, 512.
Gesellschafter (Gerichtsstand) 93.
Gesetzesverletzung 441.
Gesetzliche Beweisregelung 152.
— Eigentumsbeschränkung 94.
— Vermutung 128.
Gesetzlicher Vertreter 76 f., 79, 83, 158, 171 ff., 187, 285.
— — Eid 177, 273.
Gesinde (sachliche Zuständigkeit) 87.
Geständnis 109.
— antizipiertes 109.
— außergerichtliches 109, 164.
— gerichtliches 105, 109, 117.
— fingiertes 113.
Gesuch 299.
Gewalt, höhere 348.
Gewerbe (Zeugnisverweigerung) 140.
Gewerbegehilfe (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Gewerbegerichte 32, 87.
Gewerbegerichtsgesetz 32, 87 ff., 99.
Gewerkschaften 91, 98.
Glaubhaftmachung 130, 325 ff.
Gönner 45.
Gravamen 421.
Grenzscheidungsklage (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Grund des Anspruchs 220 ff., 312.
Grundbuch (Vermutung) 115.
Grunddienstbarkeit (dinglicher Gerichtsstand) 94.

Grundschuld (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Grundstück, Dereliktion eines 80.
Gutachten 154, 159 f.

H.

Haager Konvention 44, 84, 150.
Haft 141, 255.
Handakten 50.
Handelsgesellschaft 75.
Handelsmakler (Tagebuch) 133.
Handelsrichter 148.
Handelssachen, Kammer für 38 f., 85, 136, 148, 219, 258.
Handlungen des Gerichts 308.
Handzeichen 165.
Hannöverischen Königshauses, Mitglieder des vormaligen 139, 149, 180 f.
Hannöverischer Entwurf 17.
Hauptbeweis 128.
Hauptintervention 81, 89, 438 ff., 502.
Hauptpartei 75, 493.
Hauptprozeß 489.
Hauptverfahren 198.
Hemmungen des Prozeßbetriebes 283, 302.
Herausgabe einer Sache 3.
Herstellung des ehelichen Lebens 526.
Hilfsrichter 38, 42.
Historische Schule 15.
Hohenzollern, Mitglieder der Familie 139, 149, 180 f.
Hypothek, dinglicher Gerichtsstand 94.
— Urteil 242.
Hypothetische Urteile 155.

J.

Ignoranzeid 149.
Individualisierter Anspruch 234.
Individualisierung 129.
— des Klaggrundes 111.
Individualisierungstheorie 63, 361.
Indiz 118, 153, 158, 163.
Indizienbeweis 117, 135, 154, 165, 167.
Indizierende Tatsachen 118, 135, 177.
Indossant 88.
In eventum 184, 197.
Informationis causa 132.
Inland 32.
Instanz 274, 291, 425.
Instanzenverhältnis 36.
Instrumenta guarantigiata 517.
Interesse 159.
Interessezwang 12, 113 f., 173, 339.
Interessengemeinschaft (materielle Rechtskraft) 241, 244.
Interlokute 423.
Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr 247.
Interventio accessoria und principalis 492.
Interventionsklage 488.
Interventionsprozeß 490.
Intestaterbrecht (Beweislast) 125.
Inzidentfeststellungsklage 237, 485.
Inzidentfeststellungswiderklage 237.
Irrtum 104, 111, 300, 305, 379.
Is, contra quem res in iudicium deducitur 74.
Iudex 385.
— a quo 420.
— ad quem 420.
— cartularius 517.
— inhabilis 327.
— iudici fit probatio 153.
— suspectus 327.
Iudicium 385.
— rescissorium und rescindens 463.
Jugement par défaut 396.
Jüngster Reichstagsabschied 14, 184, 197, 404.
Iuramentum in iure delatum 167.
— necessarium, purgatorium, suppletorium, voluntarium 153.
Iura novit curia 218.
Ius iurandum 167, 287.
Iustitium 287.
Justizsachen 29.
Justizverwaltung 26, 41, 308, 314.

K.

Kalumnieneid 346, 405.
Kameralschriftsteller 15.
Kammer für Handelssachen 85.
Kammergerichtsordnung von 1495 404.
Kannrecht 67, 231.
Kassationsrekurs 52, 443.
Kausalzusammenhang 155, 221.
Kindschaftsprozeß 51, 54, 293.
Kindschaftssachen 535 ff.
Klagänderung 103, 321, 359 ff., 435, 529.
Klaganspruch 62 ff., 103, 209.
Klagantrag 67, 71 ff., 103, 360.
Klagbarkeitseinreden 126.
Klagbarkeitsvoraussetzungen 65 ff., 236, 334.
Klagbefugnis 67, 491.
Klagbegründende Tatsachen 126.
Klage (Begriff) 5, 9, 55 ff., 186, 298.
Klagenhäufung 65, 465, 467, 471, 485.
Kläger 9, 73.
Klagerforderniße 368.
Klagerhebung 186, 353 ff., 371, 377, 416.
Klageschrift 56, 257, 390.
Klagetatsachen 106.
Klageverbindung 483 ff., 529.
Klagevoraussetzungen, prozessuale 321, 367 ff.
Klagezurücknahme 321, 386 ff., 449.
Klagforderung (Vorbehaltsurteil) 210, 312.
Kollegialgericht 34, 85, 313, 316.
Kollegialmitglieder 314.
Kollegium 316.
Kommanditgesellschaft 76.
— auf Aktien 76, 86.
Kompetenz 30.
Kompetenz-Kompetenz 30.

Kompetenzgrund 89, 100.
Kompetenzkonflikt 31, 89, 384.
Kompetenzkonfliktsgerichtshof 31.
Kondemnatorische Klagen 57.
König (Chilian) 15.
Konkurrierende Rechtsbehelfe 196.
Konkurs 57, 175, 285, 511.
Konkursmasse 76.
Konkursverfahren 36.
Konkursverwalter 74, 290.
Konstitutive Urteile 231.
Konsul 33, 44, 150, 280.
Konsulargericht 32.
Kontokorrentverhältnis 204.
Kontradiktorische Verhandlung 106 f.
Kontradiktorisches Urteil 216.
— Verfahren 260.
Konventionalprozeß 20, 334.
Konzessionsurkunde 91.
Korporation, Zustellung 273.
— Gerichtsstand 93.
Kosten 8, 264, 507 ff.
— bei Versäumnis 414.
— bei Sühnetermin 419.
Kostenanschläge 187, 224.
Kostenentscheidung 215, 513.
Kostenerstattung, Einrede der mangelnden 373, 377 f., 388.
Kostenfestsetzungsbeschluß 514.
Kostenklage 98.
Kostenkompensation 508.
Kostenpflicht 506 ff.
Kostenrepartition 508.
Kostentrennung 509.
Kostenvergleichung 508.
Kostenverurteilung 201.
Kündigung der Vollmacht 83.
Künftige Zahlung, Klage auf 58.
Kurhessischen Fürstenhauses, Mitglieder des vormaligen 139, 149, 180 f.

L.

Ladung 34, 56, 137, 208, 257, 260, 262 ff., 277, 281, 290, 401, 416, 525.
Ladungsfrist 260, 263, 268.
Laesio 347.
Landesgesetzgebung 86.
Landesherren, deutsche 33, 139, 146, 149, 171, 180 f.
Landesherrlicher Familien, Mitglieder 139, 146, 149, 180.
Landesjustizverwaltung 35.
Landgerichtlicher Prozeß 204.
Landgerichtliches Verfahren 193.
Landsassiat 94.
Langobardisches Recht 13.
Läuterungsurteil 229, 409 f., 422.
Legalisation einer Urkunde 164.
Legitima persona standi in iudicio 77.
Legitimation, nachträgliche 305.
Legitimieren des gesetzlichen Vertreters 305.
Lehrling (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Lehrverhältnis (sachliche Zuständigkeit) 87.
Leibesfrucht 75 f.
Leistungsansprüche, fällige 66, 88.
Leistungsklage 57 ff., 69, 92.
Leitung, geschäftliche bei der Verhandlung 189.
Letzte mündliche Verhandlung 189.
Letzter Termin 200.
— Wille (Beweislast) 125.
Lex contractus 442.
Litis contestatio 10, 197, 239, 306, 385, 404.
— denuntiatio 498.

M.

Mahnverfahren 36, 53, 548 ff.
Mandatsprozeß 15, 549.
Material 319.
Materielle Prozeßleitung 189.
— Rechtskraft 3, 72, 230 ff.
Menoniten 180.
Meß- und Marktsachen 97, 263.
Mietverhältnis (sachliche Zuständigkeit) 86.
Militärpersonen, Gerichtsstand 92.
— als Zeugen 141.
Mindestfrist 268.
Ministère public 52.
Mittelbar erhebliche Tatsachen 116.
Mittelbarer Beweis 116.
Mittelbarkeit (der Beweisaufnahme) 8.
Mitverpflichtete der Partei 159.
Modifizierter Parteibetrieb 261.
Mündliche Verhandlung der ZPO. 185.
— fakultative 319 f.
Mündlichkeit des Verfahrens 7, 16, 181, 318, 331.
Mynsinger 15.

N.

Nacheid 159.
Nacherbe 242, 290.
Nacherbfolge 286.
Nachlaß (Parteifähigkeit) 76.
Nachlaßpfleger 76.
Nachlaßverbindlichkeit 95, 243.
Nachlaßverwalter 74, 76, 286.
Nachlaßverwaltung 286.
Nachprüfung in höherer Instanz 224.
Nachträgliches Vorbringen 202.
Nachtzeit 277.
Nachverfahren im Urkundenprozeß 521.
Namensrecht 2.
Namensunterschrift, Echtheit der 165.
Nassauischen Fürstenhauses, Mitglieder des vormaligen 139, 149, 180 f.
Nebenforderungen 88, 214.
Nebenintervenient 251, 268, 294, 496.
Nebenintervention 492 ff., 498, 501, 513.
Nebenpartei 75.
Ne eat iudex ultra petita partium 6, 214.
Negative Feststellungsklage 126.
Negativer Beweis 126.

Ne procedat iudex ex officio 6, 102.
Nichtigkeit der Ehe 294, 526 ff.
— der Entscheidung 313.
Nichtigkeitsbeschwerde 420.
Nichtigkeitsgründe 457.
Nichtigkeitsklage 63, 263, 293, 311, 313, 456 ff., 461.
Nominatio auctoris 505.
Norddeutscher Bund 17.
— Entwurf 17.
Noteid 167.
Notfrist 269 f., 282, 290 f., 295, 344, 349, 455.
— bezl. nachträgl. Eidesabnahme 174.
Notorische Tatsachen 113.
Novellen 18.
Novelle zur ZPO. 19.
Novum iudicium 432.

O.

Oberreichsanwalt 443.
Oberstes Landesgericht 27.
Obligatorische Klagen 91.
Offenbarungseid 180.
Offene Handelsgesellschaft 75.
Offenkundige Tatsachen 109, 114, 154.
Offenkundig falsche Behauptung 114.
Öffentlichkeit des Verfahrens 253, 331, 535.
Offizialbetrieb 7, 256, 538.
Opposition 396.
— sur opposition ne vaut 413.
Ordentliches Streitverfahren 53 ff.
Ordnungsstrafe 141, 256.
Ordonnance civile von 1667 16, 206.
Originalschrift 272.
Original des Urteils 227.
Örtliche Zuständigkeit 89 f.

P.

Partei 73 f., 83, 187.
Parteibetrieb 7, 256 f., 320.
Parteieid 78, 150, 154, 158, 168 f., 176, 180, 304.
Parteiengleichheit 10.
Parteierklärungen 109 ff.
Parteifähigkeit 75 f., 302, 324, 373, 376.
— eines Ausländers 76.
— Verlust der 373.
Parteifristen 268.
Parteihandlungen 297 f., 313.
Parteiladung 179, 262, 264.
Parteipflichten 335 ff.
Parteiprozeß 46, 54, 82, 132, 196.
Parteiverhandlung 7, 181 f., 183, 216, 250, 257.
Partie diligente 263.
— jointe 52.
— principale 52.
Passivlegitimation 65.
Passiver Klaggrund 64.
Patentrecht (Ort) 94.
Patrimonialgerichtsbarkeit 27.
Peremptorische Einreden 197.
Perpetuatio iudicii 355.
Personenvereinigungen 77.
Petitorium 467.
Pfleger 76, 285.
Pflichtteilsanspruch 95.
Philipponen 180.
Plus petitio 212.
Poena confessi 113.
— praeclusi 337.
Possessorium 467.
Präsidium 41.
Praesumptio boni 124.
— iuris 118.
— iuris et de iure 118.
Präjudizialinzidentklage 486.
Präjudizialverhältnis 292.
Präklusion 137, 199, 337.
Prätendentenstreit 500 ff.
Präventivpolizei (Sitzungspolizei) 255.
Prinzipalintervention 492.
Prisengericht 32.
Privatgerichtsbarkeit 27.
Privaturkunde 162.
Probatio in perpetuam rei memoriam 206.
Procurator 45, 306.
— in rem suam 505.
Procureur 45.
Prokura 81, 273.
Promissorischer Eid 159.
Prorogation 99, 376.
Prorogierter Gerichtsstand 89, 99.
Protokoll 183, 193, 195, 204, 205, 206, 208, 209, 227, 250, 253, 289, 350 ff.
Protokollanlagen 195.
Protokollierungszwang 151.
Provocatio ex lege diffamari 61.
Prozeß (Begriff) 1.
— französischer 16.
— gemeiner 15.
— preußischer 16.
— sächsischer 14.
— summarischer 15.
— bestimmt summarischer 518.
Prozeßakten 254.
Prozeßbetrieb 259 ff., 256 ff.
Prozeßbevollmächtigter 4, 81, 274, 287, 307.
Prozeßerfordernisse 330 ff.
Prozeßfähigkeit 77 ff., 83, 302, 304 f., 324, 376, 528.
Prozeßführung 6.
Prozeßgericht 43, 85 f., 139, 355.
Prozeßgründungsakt 386.
Prozeßhandlung 9, 81, 104, 211, 296 ff., 305 f., 313.
Prozeßhindernde Einreden 230, 328, 378 ff., 393.
— — im amtsger. Verfahren 417, 432.
Prozeßkosten 10, 81, 84, 214, 506 ff.
Prozeßleitung 6, 133, 189, 257, 308 f., 316 ff. 417.
Prozeßleitungsgewalt 11, 316.

Prozeßliteratur 15.
Prozeßnormen, zwingende, nachgiebige 331.
Prozeßstoff 5, 308 f., 433.
Prozeßstrafe 201.
Prozeßvergleich 104.
Prozeßverhältnis 10 f., 385.
Prozeßverkehr 7, 249 ff.
Prozeßverschleppung 197, 201, 203.
Prozeßvollmacht 81, 299, 307.
Prozeßvoraussetzungen 310, 367 ff., 385 f.
Purgatio contumaciae 342.

Q.

Qualités signifiées entre les parties 226.
Quasikontraktsklagen 97.
Quellen (d. früh. Zivilprozeßrechts) 13.
Querela nullitatis sanabilis 420, 460.
— — insanabilis 420, 460.
— simplex 453.
— protractae vel denegatae iustitiae 26.
Quod non est in actis, non est in mundo 6.

R.

Räumung, Klage auf 58.
Reallast 94, 242.
Recessus scriptus loco oralis 183.
Rechnungsfehler 226.
Rechnungsprozeß 204.
Rechtsanwalt beim Reichsgericht 51.
Rechtsanwaltsordnung 18, 47 f.
Rechtsanwaltschaft 44 ff.
Rechtsanwendung 218.
Rechtsausführung 106, 190.
Rechtsbehauptung 111.
Rechtsbehelfe, konkurrierende 196.
Rechtsberufung 444.
Rechtseid 170.
Rechtsfähigkeit 75.
Rechtsfrage 219.
Rechtsgeschäfte, prozessuale 298.
Rechtsgültigkeit von Gesetzen, Verordnungen, Prüfung der 219.
Rechtshängigkeit 191, 242, 354, 365 ff., 372 f., 390 f.
Rechtshilfe 36, 43 ff.
Rechtskraft, formelle 8, 228, 230 ff., 241, 312.
— materielle 3, 5, 72, 228, 230 ff., 241, 246, 485, 493.
— Erstreckung auf dritte 241 ff.
Rechtsmittel 7, 8, 69, 202, 208, 263, 311 f., 419 ff.
Rechtsmittelgericht 36 f., 208.
Rechtsmittelinstanz 425.
Rechtsmittelschriftsätze 425.
— Zustellung 274.
Rechtsnachfolge 74, 241 ff., 284, 290, 321, 357, 388, 490, 497, 502.
Rechtsnachteile 336.
Rechtsstreit 4.
Rechtsstreit, Änderung des 388 ff.
— Erledigung des 311.
Rechtsstreitigkeit 4, 29 f.
Rechtsverletzung 64.
Rechtsverordnung einer Verwaltungsbehörde 218.
Rechtsweg, Zulässigkeit des 29 f., 85, 372, 376.
Reconventio reconventionis non datur 480.
Referent 184 f., 190.
Reformatio in peius 421.
Regreßklage (Wertberechnung) 88.
Remedium 419.
Reichsbank (Sitz) 92.
Reichsbörsengesetz 86.
Reichsfiskus 79.
Reichsgericht 27, 42.
Reichshofrat 14.
Reichsjustizgesetzgebung 18.
Reichskammergericht 14.
Reichsoberhandelsgericht 27.
Reihenfolge der Abstimmenden 312.
— der Stoffsammlung 195 f.
Reinigungseid 179.
Relevante Streitpunkte 220.
Rem in iudicium deducens 74.
Rentenschuld 94, 242.
Replica compensationis 236.
Replik 107, 129.
Requête civile 460.
Res iudicata ius facit inter partes 233.
Res litigiosa 356.
Restitutio in integrum 463.
— contra rem iudicatam 460.
Restitutionsgründe 457.
Restitutionsklage 63, 263, 301, 311, 313, 456 ff.
Revision 88, 132, 186, 212, 263, 312, 316, 342, 421 ff., 441 ff.
Revision du fond de l'affaire 247.
Revisionskosten 510.
Revisionsurteil 447.
Rezeptionszeit 13.
Richter 41 ff., 175, 253.
— abgelehnter, ausgeschlossener 318.
— beauftragter, ersuchter 41, 43, 82, 109, 175, 253, 323.
Richterlicher Eid 130, 167, 177 ff.
Richtsteig Landrechts 14, 28.
Rollensystem 263.
Römisches Recht 13.
Rücknahme 229, 300.
Rücktritt vom Vertrage wegen Nichterfüllung 122.
Rüge von Prozeßmängeln 333.
Ruhen des Verfahrens 291.

S.

Sachbitte 71.
Sachleitungsbefugnis 317.
Sachlegitimation 65, 221, 321.
Sachliche Zuständigkeit 86 ff.
Sachurteil 209.

Sachverständige 119, 130, 132, 134, 145, 206, 219, 251, 257, 267 f., 296.
— Gebührenordnung für 141 f.
Sachverständigenbeweis 136 f., 144, 147, 150.
Sachverständige Zeugen 158.
Säumig 12, 103, 395 ff.
Schaden 155.
— Beweissicherung 207.
Schadensersatzanspruch 122, 155, 211, 213 f., 221, 316.
Schadenswürdigung 154.
Schätzungseid 178.
Scheidungsklage 527.
Scheidungsprozeß (Zustellung) 277.
Schenkung auf den Todesfall (Gerichtsstand der Erbschaft) 95.
Schiedsgerichtliches Verfahren 55, 292.
Schiedsgutachten 156.
Schiedsrichter 12.
Schiedsvertrag 370, 372, 377.
Schlußverhandlung 215.
Schöffengerichte, mittelalterliche 41.
Schreibsachverständige 165, 194.
Schriftenvergleichung 165.
Schriftliches vorbereitendes Verfahren 204, 260.
Schriftlichkeit des Verfahrens 181 f., 199.
Schüler (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Schutzgebiete 34.
Selbstablehnung des Richters 378.
Sicherheitsleistung 239, 307, 343, 372, 377 f.
Sicherung des Beweises 206 f.
Simulation 301.
Sitz einer jur. Person (Gerichtsstand) 91.
Sitzungspolizei 255, 308, 343.
Sitzungsprotokoll 34, 194 f., 224 f., 253, 353.
Soldatenstand, Ladungen der Personen des 137.
Sollicitor 45.
Solve et repete 517.
Sondergerichtsbarkeit 26.
Sondernachfolge 242, 389.
Sonntage 65, 268.
Souveränität der Gerichte 202.
Speculum iudiciale 13.
Spezialrolle 263.
Spielverbot 247.
Staat 11.
Staatsanwalt 3, 44 ff., 51 ff., 527, 543.
Staatssicherheit 254.
Stage 50.
Stand (Zeugnisverweigerungsrecht) 140.
Statusklagen (römisch-rechtliche) 61.
Statutargesetzgebung, italienische 13.
Stellvertretung 78, 86, 305 f., 528.
Stillstand der Tätigkeit des Gerichts 287.
— des Verfahrens 259.
Stimmengleichheit 315.
Stimmenmehrheit, absolute 315.
Strafbestimmungen (für den Zivilprozeß bedeutsame) 346.
Strafgebühr 267.
Strafprozeß 2.
Strafrichter, Entscheidung des 293.
Strafsachen 29, 296.
Strafsenate, vereinigte des Reichsgerichts 443.
Streitentscheidung, prozessuale 318.
Streitgegenstand (Änderung) 390.
— Wert des 88, 149.
Streitgenossenschaft 65, 89, 467 f., 472 f., 484, 491, 496, 512.
Streitpunkt 311, 318.
Streitverkündung 498 ff.
Student (Gerichtsstand des dauernden Aufenthalts) 92.
Stumme (Eidesleistung) 181, 249.
Subsidiarität der Eideszuschiebung 176.
Substanzierung 109, 111, 129, 360.
Substanzierungstheorie 63.
Sühneverfahren 55, 418.
Sühneversuch 36, 395, 418, 527.
Summarische Kognition 54.
Summarischer Prozeß 15 f., 518.

T.

Tatbestand des Urteils 223, 224.
Tatbestandsberichtigung 315.
Tatbestandswirkung des Urteils 493.
Tatfrage 219.
Tatsache, äußere, innere, unmittelbar und mittelbar erhebliche 169, 177.
— erhebliche, zugestandene, offenkundige 152.
— gerichtlich zugestandene 325, indizierende 177.
Taubstumme 249, Eidesleistung 181.
Teilurteil 141, 200, 210, 212, 222, 310 ff., 393, 472, 482, 488.
Termin 7, 256, 264.
— letzter 200.
Terminversäumung 342.
Termin zur Eidesleistung, Versäumung des 407.
Terminologisches 129 ff.
Terminsanberaumung 252, 257, 262, 264, 311, 317 f.
Terminsbestimmung 252, 257, 262, 264, 311, 317 f.
Terminsstunde 265.
Terminstag 265.
Terminsverlegung 266.
Testamentsvollstrecker 74, 76, 290, 343.
Testes de auditu 158.
Tod (einer Partei) 284.
— des Vollmachtgebers 287.
Trennung des Verhandlungsstoffs 185.
— verbundener Sachen 483.
Trennungsbeschluß 484.
Tripliken 107.
Trunksucht 538.

U.

Überzeugungseid 172.
Unbeeidigtes Zeugnis 159.
Unbekannter Gegner (Beweissicherung) 208.

Uneigentliche Frist 268.
Unerlaubte Handlung 346.
— — Klage aus 97, 122, 124.
Unerlaubtes Geschäft, Klage aus 105.
Ungebühr 255.
Ungehorsam 133, 255, 337.
Ungehorsamsurteil 399.
Ungültigkeit der Entscheidungen 313.
Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme 8, 158, 195, 209, 331.
Unmöglichkeit der Leistung, unverschuldete (Beweislast) 122.
Unrichtigkeit des Ausdrucks 301.
— des Urteils 319.
Unteilbarkeit, Prinzip der U. der mündlichen Verhandlung 189.
Unterbrechung des Prozesses 259, 284 ff.
Unterlassung, Anspruch auf 123.
Untermieter (sachliche Zuständigkeit) 86.
Unteroffizier, Zustellung an 274.
Unterschrift bei Privaturkunden 163, 165.
— des Urteils 226 f.
Untersuchungsmaxime 6, 15.
Unzurechnungsfähigkeit (Beweislast) 124.
Unzuständigkeit, Einrede der 378 f.
Urheberrechte 2.
Urkunde 59, 119, 130, 132, 134, 150, 161, 162, 203, 257, 305, 347, 517.
— Beseitigung einer 144.
Urkundenbeweis 137 f., 146, 154, 161 f., 187, 191, 209, 326.
Urkundenedition, Pflicht zur 143.
Urkundenerneuerung 209.
Urkundenprozeß 54, 71, 516 ff.
Urkundenvorlage, Anordnung von Amts wegen 132.
Urschrift 165, 191, 275.
— des Urteils 227.
Urteil 3 f., 8, 199, 216, 223, 251, 309 ff., 399.
— Formvorschriften 223.
— in Ehesachen 534.
— in der Hauptsache 209.
— in Kindschaftssachen 537.
Urteilsanspruch 68.
Urteilsbegehren 56.
Urteilsbitte 71.
Urteilsfällung 131.
Urteilsfindung 216.
Urteilsformel 223, 227, 236.
Urteilsgewalt 370.
Urteilsgründe 236.
Urteilsgrundlage 5, 70, 101 f., 133.
— nach ihrer Form 181.
Urteilstatbestand 193, 223, 353.
Urteilstätigkeit 131, 219.
Urteilstenor s. Urteilsformel.
Urteilsverfahren 4, 5 f.
Urteilsverzeichnis 394.
Urteilsverkündung 223.

V.

Verbindung getrennter Sachen 483 ff.
Verbindungsbeschluß 484.
Verdächtige Urkunden 165.
Verein, nicht rechtsfähiger 76.
Vereine, parteifähige (Zustellung) 273, 276.
Vereinbarung 300.
Vereinsvorstand 83.
Verfahren, in iure — in iudicio 404.
— amtsgerichtliches 415 ff.
— landgerichtliches 390 ff.
— mündliches 7, 182.
— schriftliches 7, 182.
— in der Rechtsmittelinstanz 430.
— vorbereitendes schriftliches 204 ff.
— bei Wiederaufnahme 461.
Verfälschung einer Urkunde 165.
Verfügungen, gerichtliche 309.
— von Todes wegen (Gerichtsstand der Erbschaft) 95.
Verfügungsbefugnis der Ehefrau 78.
Vergeltungsrecht 248.
Vergleich 79, 103 f., 193, 301, 418, 511.
Vergleichsnatur des Eides 175.
Verhandlung 101 ff., 106 ff., 266, 311, 318, 320, 367, 399 f. 406 f.
— zur Hauptsache 11.
— Beginn 367.
— über prozeßhindernde Einreden 381.
Verhandlungsmaxime 6, 15, 45, 214.
Verhandlungsprotokoll 104.
Verhandlungstermin 266, 319, 391.
Verjährung 210, 218, 291.
Verkehrswert 88.
Verkündung 250 f., 290, 311.
— des Urteils 223, 227, 394.
Verlegung eines Termins 267.
Vermächtnis (Gerichtsstand der Erbschaft) 95.
Vermieter, Anspruch des 58, 86.
Vermögensauseinandersetzung 204, 207.
Vermögensrechtliche Klagen 62, 92.
Vermögensverwaltung 244.
Vermögensverzeichnis 187, 224.
Vernehmung zur Sache 145.
Verpächter, Ansprüche des 58.
Versäumnis 335 ff., 482.
— totale 192, 200, 216, 299, 395, 472.
Versäumnisendurteil 406.
Versäumnisfolgen 401.
Versäumnisurteil 4, 103, 264, 319, 341, 395 ff., 423, 429.
Versäumnisverfahren 103, 230, 260, 303, 305, 322, 395 ff.
Versäumniszwischenurteil 323, 406.
Versäumung (Prozeßkosten) 510.
Verschleppung 202, 346.
Verschulden (Beweislast) 122 f.
Verschuldung im Prozeß 345, 509, 510.
Verschwendung 538.
Verschwiegenheit, Pflicht zur 139.
Versicherung, eidesstattliche 325.
Vertagung 192, 258, 267, 403.
Verteidigungsmittel 129, 201 f., 321 f.
Vertrag, prozessualer 117.
Vertragsstrafe (Beweislast) 122.
Vertreter 76, 80, 285, 290, 303, 345.
— vollmachtloser 125, 306, 368.

Verurteilung 214.
— zur künftigen Leistung 58.
Verurteilungsklage 57.
Verwaltungsbehörde, Rechtsverordnung einer 218.
Verwaltungsbeschlußsachen 29.
Verwaltungsgerichtsverfahren 2, 4, 8.
Verwaltungsrecht 6.
Verwaltungssachen 29, 370.
Verweigerung der Aussage 139.
Verweis (gegen Rechtsanwälte) 51.
Verweisungsbeschluß 417.
Verweisungsurteil 438.
Verzeichnis der Urteile 228.
Verzicht (Urteil) 82, 103 f., 216, 229, 297, 300, 303.
Verzichtbare Mängel des Verfahrens 302.
Vis maior 348.
Vollmacht 80 f., 273, 306 f., 377.
Vollmachtserklärung 80^3.
Vollmachtsurkunde 307.
Vollstreckbarkeit 230, 313.
Vollstreckungsbefehl 343, 548 ff.
Vollstreckungsgericht 36.
Vollstreckungsgewalt 11.
Vollstreckungsklausel, Klage auf 61.
Vollstreckungstitel 10 f., 57.
Vollstreckungsurteil 12, 61, 247.
Vollstreckungsverfahren 10, 53, 61, 271, 310.
Von Amts wegen, Prüfung 302, 324.
Vorbehaltsurteil 398, 422, 523.
Vorbereitende Schriftsätze 192 f., 195, 392.
Vorbereitung der mündlichen Verhandlung 189.
Vorentscheidung 222, 322.
Vorerbe 243, 286.
Vorführung, zwangsweise 141.
Vorkaufsrecht (dinglicher Gerichtsstand) 94.
Vorläufig vollstreckbare Urteile 215, 231.
Vorlesung von Schriftstücken 186, 194.
Vormund 79, 82 f.
Vorsitzender 189, 252, 264, 315, 317, 325.
Vorweisung, Anspruch auf 95.
Vox mortua 161.

W.

Wahlkonsuln 30.
Wahrhaftigkeit des Zeugen 157.
Wahrheitseid 172.
Wahrheitserklärung 110 f.
Wandelungsklage (Gerichtsstand) 96.
Warenzeichen (Ort) 94.
Wechsel im Richterpersonale 189, 194.
Wechselprozeß 54, 130, 524 ff.
Wert des Streitgegenstandes 88.
Werturteil 217.
Widerklage 88 f., 199, 215, 335, 477 ff., 485, 501, 529.
— bedingte 482.
Widerruf 174.
— eines Geständnisses 111, 305.
— einer Schenkung 81.
Widerruflichkeit der Entscheidungen 312.
Widerspruch gegen Zahlungsbefehl 551.
— zwischen Tatbestand und Urteil 226.
Wiederaufnahme (des Verfahrens) 8, 263, 456 ff.
— Klage auf 313, 456.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 270, 276, 347 ff., 413.
Wiedereinsetzungsfrist 291, 349.
Wiedereinsetzungsverfahren 350.
Wiedereröffnung der geschlossenen Sitzung 133, 199, 258, 317.
Wildschaden (sachliche Zuständigkeit) 87.
Winkeladvokaten 255.
Wohnsitz 90, 91.

Z.

Zahlungsbefehl 548 ff.
Zeit, Beweis der Z. e. Tats. 123.
Zeitbestimmung 264.
Zeitversäumnis der Partei 507.
— des Zeugen 141.
Zeugen 119, 130, 194, 208, 206, 251, 257, 262, 268, 296.
— Gebührenordnung für 141.
— sachverständige 158.
Zeugenbeweis 134, 137, 144, 147, 152, 157, 326.
Zeugenvernehmung 149, 156.
— von Amts wegen 324.
Zeugnis 116, 154, 159 f.
Zeugnispflicht 138.
Zeugnisunfähige Person 158.
Zeugnisweigerung 140, 322.
Zeugniszwang 137.
Zinsen 214.
Zinseszinsen (Verbot) 247.
Zivilgerichtsbarkeit 11, 24 ff.
Zivilprozeßordnung 18.
Zivilprozeßrecht 1, 2.
— französisches 16.
— gemeines 13 ff.
— röm.-kanon. 13.
Zivilprozeßsachen 29.
Zivilrecht 2.
Zivilsenate, vereinigte, des Reichsgerichts 443.
Zufall, unabwendbarer 348.
Zugeschobener Eid 168 f.
Zugeständnis 339 f.
Zulassung, einstweilige, des Vertreters 307.
Zurückbehaltungsrecht 213.
Zurückschiebung des Eides 119, 168, 170 f., 174, 196, 200, 300 f.
Zuständigkeit 25 f., 35 f., 37, 43 f., 85, 298, 355, 364 f., 485.
— gewillkürte 98 f.
— örtliche 89 f., 477, 480.
— des Prozeßgerichts 85 f.
— sachliche 86 f., 364, 382, 384, 476, 480.
— in Ehesachen 526.
— im Entmündigungsverfahren 540.
Zuständigkeitsregeln, besondere, bei Klagenhäufung 476 ff.
Zuständigkeitsvoraussetzungen, Beweis 375.

Zustellung 7, 34, 191, 250, 252, 263, 269, 271, 302, 394.
— von Amts wegen 274f., 283.
— von Anwalt zu Anwalt 279.
— mittels Ersuchens 280.
— im Auslande 274f., 280. 282.
— durch Aufgabe zur Post 273, 283.
— innerhalb des Deutschen Reichs 274.
— öffentliche 274f., 280, 332, 348.
— auf Parteibetrieb 274f.
— durch die Post 282.
— vereinfachte 282.
— des verkündeten Urteils 227.
— unter Vermittlung des Gerichtschreibers 282.
Zustellungsadressat 272, 274, 276.
Zustellungsbetrieb 257, 270.
Zustellungsbevollmächtigter 81, 273.
Zustellungsort 276.
Zustellungsurkunde 278, 300.
Zustellungszeit 277.
Zwangshaft 141, 255.
Zwangsversteigerung 19, 242.
Zwangsverwalter 74, 76.
Zwangsverwaltung, Gesetz über 19.
Zwangsverwaltungsmasse 76.
Zwangsvollstreckung 2, 10, 17, 81, 202, 213f., 231, 247, 252, 524.
Zwischenfeststellungsklage 222, 356, 485ff.
Zwischenfrist 268, 270, 295.
Zwischenstreit 166, 191, 296, 318ff.
— mit dritten 320f., 389, 406.
Zwischenstreiturteil 310ff., 320.
— Anfechtbarkeit 322.
Zwischenurteil 140f., 185, 191, 200, 202, 258f., 290, 304, 312, 380, 394, 406, 422, 488, 523.
— bedingtes 173, 178, 210, 220, 223, 230, 323.
— vorentscheidende 220, 310ff.

Verzeichnis

der in dem Lehrbuch besprochenen Stellen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozeßordnung.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Paragraphen des GVG.	Seiten des Lehrbuchs
1	28, 216
2	42, 50
3—5	42
6—8	28
9	28, 30
10	42
11	28, 43
12	31
13	29, 31
14	32
15	27
16	28
17	20, 31
18	33, 265, 280
19	33, 280
20	33, 94
21	33
22	38, 39, 42, 254
23	36, 62, 86, 87
24	36
58	42
59	68
61	26, 42
62	42
63	41, 42, 315
64	42
65	42, 315
66—67	42
68	38, 42
69	42
70	86, 447
71	87, 424, 452
77	38, 314
100 f.	39
102	85, 418
103	101, 418
104—105	85
106	85, 101
107	85, 259
108	85
109	39, 40, 314
111—117	43
118	43, 136, 219
119	42
120	38
121—122	42
123	37, 424
124	38, 314
125	37, 452
126—131	42
132	38
133—134	42
135	37, 425
136	38
137	38, 258, 443
139	315
140	38
142—143	52
144	37, 52, 314
154—155	35
156	74, 330
157	32, 43
158	36, 37, 43
159	37, 44
160	44, 450
161—162	32
165—167	44
170	253
171	254, 535
172	254, 546
173—174	254
175	450, 452
176	254
177—178	156, 255
179—182	156
181	40
183—184	156
186—187	249
188	181
189	249
190	180, 249
191—193	250
194	314
195	315
196	38, 315
197	315
198	39, 154, 315
199	315
202	265, 295, 296, 317, 318
203	296
204	295

Zivilprozeßordnung.

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
1	37, 330, 579
2	87, 369, 482, 485
3	88, 376, 446
4	355, 446, 476
5	88, 352, 446, 476, 480
6	88, 446
7	446
8	446
9	92
10	88, 382
11	88, 356, 384, 385, 417
12	62, 64, 88
13	21, 32, 33, 90
14	92
15 f.	90
17	75, 91
18 f.	91
20	20, 62, 80, 92, 96
21	92 f.
22	92 f.
23	62, 93 f.
24	92, 94, 365, 550
25	94, 465, 477
26	95, 371
27	95
28	95
29	375
30	92, 97, 391
31	97
32	92, 97
33	56, 74, 76, 418, 435, 477, 481
34	86, 92, 98
35	90
36	40, 89, 94, 98, 307, 384, 477
37	89, 319, 384, 477
38	89, 99, 297, 332
39	89, 100, 362, 367, 371, 377, 379, 380, 402
40	38, 62, 99, 331, 480
41	77 f., 154, 327, 330, 390
42	160, 328
43	160, 328, 330
44	34, 251, 325, 328
45	328
46	285, 329, 423, 449
47	329
48	329, 457
49	74, 330, 414, 449
50	21, 75 f.
51	21, 77 f.
52	21, 77, 285
53	59, 78 f., 171
54	79, 81
55	21, 78
56	283, 303—305, 307, 335, 337, 343, 368, 373, 377
57	25, 78 f., 307
58	25, 307
59	467

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
60	467 f.
61	21, 89, 472
62	328, 473, 540
63	471, 484 f.
64	394, 470, 489 ff.
65	289, 328, 488 f., 492
66	21, 74, 328, 493, 497
67	328, 389, 498
68	493
69	294, 370, 498, 534
70	497
71	320 ff., 449, 498
72	21, 499
73	250, 499
74	454, 498 f.
75	246, 321, 422, 500, 509
76	71, 246, 321, 503, 505
77	505
78	46, 82, 205, 251, 408
79	82, 415
80	307
81	81
82	81, 490
83	82
84	81
85	80, 137, 305, 338
86	83, 287 f., 373
87	83, 287
88	306, 377, 415
89	303, 305 ff., 335, 337, 343, 512
90	84, 306, 338, 415
91	74, 201, 213, 345, 507, 509, 513, 535
92	467, 509
93	65, 213, 509, 511, 514
94	65, 509
95	192, 264, 337, 510, 519
96	346, 467, 509, 511, 513
97	345 f., 509 f.
98	511, 513
99	320, 421, 441, 513 f.
100	512
101	513
102	319 f., 449, 512
103	449, 455
104	34, 251, 388, 455, 514
105	319, 449, 514
107	319, 449
108	84
109	449
110	44, 84, 369, 374, 521
111	84, 372
112	84, 369, 373
113	84, 343, 378, 388
114	44, 506
115	50, 415
116	415
117	388, 506
118	84, 250

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
126	253, 319
127	449
128–165	392
128	190, 318
129	205, 320, 392, 510
129 ff.	191, 392
130	188, 190
131	194
132	191, 268, 417, 510
133	190 f., 416
134	191, 347
135	190, 320 ff., 337, 347
136	6, 40, 133, 136, 189, 227, 252, 257, 266, 268, 307, 317 f., 384
137	103, 186 f., 400
138	6, 112 f., 186, 338 f., 400, 433, 530
139	6, 40, 131, 133, 155, 167, 178, 192, 317, 325, 341, 381, 414, 417
140	40, 129, 145, 257, 316 ff.
141	39, 132, 304, 317
142	146
143	132
144	8, 132, 155
145	211, 335, 393, 465, 488
146	62, 63, 65, 129, 222, 258, 393, 465, 488
147	465, 478, 482, 484
148	291 f., 366
149	293, 295
150	260, 293, 393, 485
151	294
152	294
153	294
154	294
155	294
156	133, 258, 293, 317
157	84, 187, 255, 344, 399
158	187, 255, 399
159	34, 193, 227, 351 f., 528
160	104, 194, 309, 351 f., 395, 528
161	194
162	193 f.
163	40, 351, 414, 551
164	193, 195, 352
165	353
166	34, 205, 270 ff., 275, 415, 418, 551
167	118, 275
168	275, 415, 551
169	275 f.
170	272, 490
171	273
172	274
173	273
175	283, 287, 412
176	417
177	274, 319
178	274
179	274, 319
180–188	276 ff.

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
187	303, 377
188	304, 309
189	472
190 ff.	277 f.
193 ff.	278 ff.
196	34, 271, 279
197	279, 507
198	279
199	44, 280, 412
200	280
201	274, 280
202	40, 270, 280
203 ff.	281 f.
204	260, 319, 449
206	258
207	282
208 ff.	282 f.
209	34, 271, 274
210	272
211	35, 416
212	283
213	283
214	257 f., 262, 328
215	262, 287, 415
216	34, 49, 257, 263, 265, 268, 317, 449
217	260, 263, 268
218	259, 531
219	36, 267
220	266 f., 342
221	269, 342, 412, 428
222	20, 268
223	269 f., 295
224	269 f., 349
225	191, 266, 319 f.
226	49, 267 f., 309, 317, 401
227	258, 261, 266 f.
228	258, 267, 416
229	151, 271, 284, 309
230	337
231	340 ff.
232	300
233	270, 345, 348, 408
234	270, 291, 349 f.
235	276, 349 f.
236	350
237	350
238	350 f., 411, 413, 424, 510
239	74, 83, 285 f., 288, 321, 331, 334 f., 342, 423
240	285
241	83, 286, 288, 373
242	243, 286, 288
243	285 f., 288
244	286
245	287
246	288
247	288
248	250, 289, 319
249	270, 290 f., 313, 332
250	260, 290
251	259, 261, 291, 319, 400

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
252	291, 344, 400, 449
253	54, 56, 62 ff., 74, 191, 257, 263, 300, 354, 366, 390 f., 415
254	72, 466
255	72, 359
256	166, 209, 295, 335, 486, 502
257	58, 71, 232, 362, 466, 518
258	58, 61, 71, 232, 518
259	58, 71, 232, 519
260	465 ff.
261	34, 257—263, 265, 317, 391, 416, 449
262	268, 317, 401, 416
263	74, 93, 354, 364, 372
264	56, 359, 390, 401, 434
265	21, 74, 356 ff., 391, 490
266	74, 321, 359
267	21
268	56, 62 f., 71, 356, 359, 361 f., 364, 390, 401, 418, 436, 486
269	363, 365, 390, 434
270	304, 363, 423
271	71, 105, 300, 359, 364, 367, 369, 378, 387, 388, 396, 479, 510
272	267 f., 392, 417, 510
273	392
274	71, 100, 344, 367, 369, 370, 379 f., 387, 393, 414
275	71, 230, 321, 323, 380 ff., 422
276	85, 350, 356, 367, 378, 390, 422
277	204, 207, 350, 393
278	106, 113, 173, 199, 201, 337, 350, 392, 418, 479, 509
279	129, 202 f., 345, 392, 438, 472, 478, 523, 533
280	76, 187, 237, 356, 360, 392, 418, 436, 479, 485, 518
281	56, 211, 354, 364, 390, 392, 481, 487
282	102, 136, 186
283	129, 199, 201, 337, 392, 509
284	134, 392
285	147 f., 167, 187 f., 194, 205, 392
286	113, 153 ff., 325
287	154 f., 178, 376, 392
288	109, 297, 300 f., 519, 530
289	112 ff., 129
290	110, 305, 410
291	113, 154, 219, 519
292	118, 518
293	218, 248, 374
294	130, 325, 458
295	56, 71, 195, 330 f., 380, 391, 428, 432, 438
296	41, 43, 395, 418
297	193, 251
298	193
299	34, 227, 252, 254 f., 310
300	200, 210, 393, 485
301	200, 212, 222, 311, 393, 422, 466, 472, 476, 482
302	56, 200, 210 f., 214 f., 259, 312, 393, 422, 513, 524
303	65, 129, 200, 211, 221 f., 258, 311, 381, 393, 406, 466, 488, 523
304	200, 220 f., 259, 312, 393, 422
305	200, 213
306	103, 105, 212, 216, 295, 418, 522
307	4, 103, 105, 212, 216, 295, 472, 522, 530
308	3, 72, 102, 214 f., 299, 360
309	189, 314, 394
310	227 f., 251, 258, 268, 394, 408
311	227 f., 251, 254, 394
312	35, 227, 252, 394, 408, 427
313	192, 195, 223 f., 309, 349, 394
314	195, 225
315	225 ff., 268, 394, 415
316	225, 268, 394
317	34, 227, 252, 394, 427, 533
318	220, 222, 226, 228, 311, 394
319	226, 228, 301, 319, 344, 394, 449
320	225 f., 256, 315, 320, 394
321	210, 215, 226, 252, 258, 320, 394, 397, 422, 428
322	63, 212, 235, 312, 383 f., 398, 485
323	238
324	239
325	74, 241 f., 244, 357, 359, 408, 490, 497
326	243, 286, 359
327	243, 401, 541
328	21, 44, 246 f.
329	34, 251 f., 257 f., 268, 311, 318, 403, 408
330	4, 12, 103, 186, 220, 230, 400, 408, 522
331	12, 64, 338, 400, 402, 408, 411, 424, 428, 433, 524
332	198, 347
333	259, 399
334	399 f., 406
335	64, 188, 192, 260, 264, 391, 400 ff., 408, 431, 482, 521
336	260, 400, 403, 449
337	260, 402, 408
338	410
339	252, 269, 319, 401, 412
340	258, 263, 410
341	331, 350, 413
342	229, 291, 390, 413 f.
343	229, 310, 414, 518, 553
344	510
345	411, 413 f., 424
346	229, 297, 412, 416
347	220, 311, 322, 406, 482, 498
348	41, 204, 418
349	204, 258, 418
350	129, 204 f., 341, 409, 418
351	205, 207, 260, 338, 341, 409, 418

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
352	207, 258, 418
353	205, 207, 409, 418, 472
354	129, 205, 341, 418
355	41, 43, 147, 179, 417, 423
356	208, 258, 283, 343
357	147
358	133 ff., 200
359	135 f., 172 f., 224
360	151, 201
361	135, 150, 257, 317
362	70, 149 f., 250, 257, 391
363	44, 70, 150, 257
364	150 f., 203, 257 f., 283, 343
365	43 f., 151, 250, 257, 497
366	151, 257, 322
367	145, 147, 257, 266, 343
368	257
369	20
370	135, 188, 257 f., 408
371	119 f.
372	145 ff., 149 ff., 474
373	119 f.
374	119, 203
375	139, 149, 180
376	139
377	257, 262, 272
378	137
379	137, 258
380	141, 449, 453
381	140 f., 151, 251
382	139, 149
383	74, 139 f., 159
384	140, 159
385	140
386	140, 251, 322, 326
387	140, 151, 320 ff., 406, 449, 511
388	140, 320
389	140, 151, 320
390	141, 151, 449, 453, 541
391	159, 322, 530
392	159
393	74, 159, 406
394	158
395	145, 157
396	40, 145, 157, 318
397	138, 147, 450
398	43, 145, 151, 159 f.
399	147, 300
400	151
401	137, 141
402	40, 74, 119, 137, 145, 147, 150 f., 156, 160, 251, 257, 262, 272, 318, 320 ff., 449, 511, 513
403	119, 136
404	120, 136, 151
405	136, 151
406	74, 151, 160, 161, 251, 319, 326
407	142
408	74, 142, 321
409	142, 453
410	160, 352
411	145

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
412	136, 160, 161
413	142
414	158
415	119, 154, 161, 162, 225, 519
416	119, 154, 163
417	119, 154, 162
418	20, 154, 162, 163, 352
419	150, 165
420	138, 326, 520
421	138, 143, 520, 530
422	143, 326, 347, 530
423	143, 192, 347
424	138, 143, 322, 462
425	143, 178
426	143, 178, 179, 462, 475
427	143, 144, 179, 338, 340
428	138, 203, 462, 520
429 f.	143
431	178, 257, 261, 263
432	138, 203, 462, 520
433	203, 345
434	150, 267
435	165
436	147, 300
437	118, 164
439	164, 165, 338, 434, 530
440	118, 165
441	165, 283
442	165
443	165
444	164, 346
445	119, 169, 170, 332, 530
446	119, 167, 170
447	119, 171
448	119, 170, 332
449	119, 170, 332, 496
450	119, 170, 332
451	120, 169, 174
452	168, 173, 338
453	167, 170
454	173, 224, 301
455	173
456	120, 168
457	174, 177, 178, 301
458	174, 178, 300
459	177
460	173, 230
461	129, 173, 311, 323
462	172, 173
463	168, 178, 531
464	168, 169, 325, 338, 407, 530, 531
465	174, 325, 338, 342, 407, 408, 434
466	174, 344, 350, 408
467	408
468	408
469	175
470	174, 178, 194, 301
471	175, 177
472	172, 174, 179, 471, 474
473	78, 171, 177, 179, 304

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
474	172, 179
475	167, 177
476	177, 471
477	78, 177, 178, 304
478	146, 180
479	150, 180
480	181
481	168
482	181
483	181
484	20, 180
485	54, 207, 208, 507
486	37, 208, 251, 352
487	207
488	207
489	207
490	208, 319
491	208, 258
492	208, 209
493	208
494	207, 208
495	520
496	34, 56, 251, 415, 416
497	251, 271, 416, 417
498	263, 268, 416
499	56
500	56, 264, 354, 416, 419, 423
501	34, 251, 271, 415, 416, 418
502	190, 250, 417
503	132, 205, 415
504	100, 259, 323, 417
505	85, 356, 378, 390, 418, 422
506	85, 350, 356, 390, 417, 432, 480, 487, 507
507	341, 415, 417, 449
508	204, 416
509	192, 194, 416, 418
510	55, 56, 354, 418, 419, 507
511	424
512	148, 222, 313, 423, 449
513	411, 423, 426, 437, 553
514	229, 297, 426
515	229, 378, 416, 427, 510
516	7, 252, 269, 342, 412, 427, 428, 480
517	428
518	258, 263, 300, 318, 425, 426
519	300, 425, 426, 436
520	263, 401, 426
521	229, 429, 436, 462
522	427, 430
523	430
524	428
525	432
526	433, 447
527	434
528	432
529	200, 202 f., 212, 433, 436, 479, 486 f., 510
530	333, 432
531	113, 173, 200, 433, 440, 531
532	434

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
533	434
534	431, 432
535	331, 350, 413, 430, 440
536	299, 431
537	436
538	259, 436, 457
539	259, 438
540	202, 203, 259, 422, 439, 523
541	8, 56, 202, 214, 439, 513, 523
542	8, 338, 428, 439
543	8, 441
544	268, 432
545	422, 424, 441
546	62, 88, 212, 326, 446
547	86, 447
548	148, 222, 313, 423, 449
549	132, 445
550	441, 457
551	254, 330, 438, 445
552	7, 252, 269, 342, 428, 434
553	259, 263, 425
554	425, 426, 444, 447
555	263, 341, 401, 426
556	430, 510
557	430, 449
558	333, 432
559	299, 431
560	431
561	444
562	444
563	445
564	329, 447
565	229, 448, 449, 457
566	229, 268, 311, 364, 411, 413, 426, 428, 429, 430, 447
567	267, 270, 450, 452
568	451, 452
569	34, 251, 450, 454
570	451, 452
571	268, 309, 310, 452, 454, 455
572	309, 453
573	34, 319, 454
574	331, 350, 454
575	309, 350, 455
576	34, 41, 43, 309, 310, 450, 455
577	251, 252, 269, 310, 312, 350, 450, 453, 455 f.
578	259, 289, 456, 457, 460
579	62, 329, 330
580	62, 104, 168, 302, 457, 459, 461, 462
581	168, 302, 460, 462
582	460, 462
583	457
584	460, 461, 553
585	259, 263, 461
586	269, 270, 455, 461
587	461
588	462
589	331, 350, 462
590	422, 456, 463
591	463

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
592	54, 71, 518, 524
593	54, 519 ff.
594	54, 521
595	71, 521, 524
596	521
597	519, 522
598	520
599	259, 523
600	56, 214, 306, 437, 523, 524
601	523
602	513, 524
603	477, 525
604	263, 268, 525
605	130, 525
606	54, 90, 92, 248, 263, 295, 525 ff.
607	51, 536
608	507, 527
609	36, 352, 527
610	528
611	527 f.
612	77, 528
613	528, 536
614	529
615	481, 529
616	529
617	531, 536, 544
618	531, 536, 544
619	41, 43, 51, 453, 532, 536
620	289
621	532
622	531 f., 536, 544
623	532
624	533
625	394, 533, 536
626	533, 536
627	533, 536
628	511, 534, 536
629	246, 294, 534
630	534
631	534
632	3, 527, 535
633	481, 530
634	535
635	531, 536
636	535
637	535
638	531
639	526
640	394, 481, 536
641	77, 481, 536 f.
642	248, 537, 545
643	246, 294, 537
644	536, 547
645	36, 53, 538 f., 547
646	3, 51, 53, 539, 541 ff., 547
647	539, 547
648	540, 547
649	539, 545, 547
650	540, 545, 547
651	540, 545, 547
652	51, 540, 545, 547
653	540 ff., 545, 547
654	540 f., 545, 547
655	541, 545, 547
656	453, 547
657	541
658	541
659	542
660	248, 542
661	248, 542
662	542
663	542
664	542 f.
665	3, 544, 546, 548
666	51, 543, 546
667	481, 544, 546, 548
668	50, 544
669	453, 544, 546, 548
670	544, 546, 548
671	545 f.
672	545 f.
673	545 f.
674	51, 545 f., 548
675	3, 36, 51, 538, 545
676	545, 547
677	547
678	453, 547
679	3, 50 f., 481, 546
680	36, 546 f.
681	289, 547
682	547
683	547
684	481, 547 f.
685	36, 547
686	50, 481, 548
687	548
688	53, 549
689	36, 53, 90, 550, 552
690	550 f.
691	550
692	551
693	370, 551
694	343, 551
695	551
696	370, 461, 490, 552
697	370, 461, 490, 552
698	507
699	553
700	370, 457, 490, 553
701	552 f.
702	550, 552
703	550
704	312
705	229, 312, 412
706	34, 310
707	456
708	231, 417
709	88, 231
710	231
711	231
712	231
713	231
714	231, 320
716	320

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
717	56, 214, 306
722	61
723	248
724	34, 248, 272, 310
725	272, 310
727	358
731	358
733	533
736	75
737	70, 232, 470, 518
739	70, 232, 470, 518
743	70, 468
745	468, 518
748	70, 232, 243, 470, 518
750	252
753	34
756	213, 519
758	35
764	36 f.
765	519
767	35, 61, 230, 238
771	61, 470
779	457
786	213
790	35
793	450
794	4, 70, 105, 453, 470
801	20
803	93
807	180
811	93
812	93
840	337
841	449
850	93
851	93
852	355

Paragraph der ZPO.	Seiten des Lehrbuchs
855	470
856	244, 470
869	19
880	141
883	12, 180
887	12
888	1, 12
889	12
894	3, 57, 231, 388
895	231, 481
896	231
897	231
899	180
900	180
901	141
904–906	141
912	35
913	141
914	55
916	4
921	407
922	319
929	407
936	319, 534
937	319, 407, 534
938–944	534
946 ff.	53
958	270, 351
976	484
1004	64
1025	12, 371
1026	12
1039	272
1040	12
1042	12, 61
1044	270, 351

Biermann, Prof. Dr. J., Traditio ficta.

Ein Beitrag zum heutigen Civilrecht auf geschichtlicher Grundlage. 8°. 1891. geh. M. 9.—

Cohn, Prof. Dr. Gustav, System der National-Oekonomie.

Ein Lesebuch für Studierende. 4 Bände.

I. Band: **Grundlegung.** gr. 8°. 1885. geh. M. 12.—

II. Band: **Finanzwissenschaft.** gr. 8°. 1889. geh. M. 16.—

III. Band: **Nationalökonomie des Handels und Verkehrswesens.** gr. 8°. 1898. geh. M. 24.—

v. Kirchenheim, Prof. Dr. A., Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. kl. 8°. 1887. geh. M. 8.—; in Leinwand geb. M. 9.—

v. Kirchenheim, Prof. Dr. A., Einführung in das Verwaltungsrecht. Nebst Grundriß. 8°. 1885. geh. M. 4.—

v. Kirchenheim, Prof. Dr. A., Verwaltungsrechtspraktikum. Fälle und Fragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts zum akademischen Gebrauche und zum Selbststudium für Juristen und Verwaltungsbeamte. 8°. 1883. geh. M. 3.—

Kohler, Prof. Dr. J., Beiträge zur Geschichte des römischen Rechts in Deutschland. In Verbindung mit anderen Gelehrten bearbeitet.

I. Heft: J. Kohler und E. Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein. Gutachten Kölner Rechtsgelehrter aus dem 14. und 15. Jahrhundert. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Territorialstaatsrechts. 8°. 1896. geh. M. 5.—

II. Heft: J. Kohler und E. Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein. Gutachten Kölner Rechtsgelehrter aus dem 15. Jahrhundert mit urkundlichen Beilagen. Ein Beitrag zur Geschichte des Territorialstaatsrechts. Neue Folge. 8°. 1898. geh. M. 5.—

Lewis, Prof. Dr. W., Lehrbuch des Versicherungsrechts.

kl. 8°. 1889. geh. M. 7.—; in Leinwand geb. M. 8.—

Rehme, Prof. Dr. P., Die geschichtliche Entwicklung der Haftung des Reeders. 8°. 1891. geh. M. 4.40.

Russische Wechselordnung. Uebersetzt und erläutert von Geh. Justiz- und Kammergerichtsrat Dr. H. Keyßner und Privatdozent Dr. Neubecker. Erweiterter Sonderabdruck aus Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 53. gr. 8°. 1903. geh. M. 2.40.

Juristische Zeitschriften
aus dem Verlage von Ferdinand Enke in Stuttgart.

Kirchenrechtliche Abhandlungen

herausgegeben von **Prof. Dr. Ulrich Stutz.**

Bisher sind in dieser Sammlung erschienen:

1. Heft: **Dr. Burkhard von Bonin, Die praktische Bedeutung des ius reformandi.** Eine rechtsgeschichtliche Studie. 8°. 1902. geh. M. 4.—
2. Heft: **Dr. Adolf Gottlob, Die Servitientaxe im 13. Jahrhundert.** Eine Studie zur Geschichte des päpstlichen Gebührenwesens. 8°. 1903. geh. M. 5.—
3. Heft: **Dr. Heinrich Schaefer, Pfarrkirche und Stift im deutschen Mittelalter.** Eine kirchenrechtsgeschichtliche Untersuchung. 8°. 1903. geh. M. 6.40.
4. Heft: **Dr. Friedrich Albrecht, Verbrechen und Strafen als Ehescheidungsgrund nach evangelischem Kirchenrecht.** 8°. 1903. geh. M. 7.20.
5. Heft: **Dr. Alfred Friedmann, Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen** unter besonderer Berücksichtigung des Kirchenrechts. 8°. 1903. geh. M. 6.20.
6./8. Heft: **Dr. Richard Scholz, Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen.** Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Anschauungen des Mittelalters. 8°. 1903. geh. M. 16.—.

Aus dem Einführungswort des Herausgebers.

Unsere Sammlung ist dazu bestimmt, kirchenrechtlichen Einzeluntersuchungen, die nach Inhalt und Umfang eine gesonderte Veröffentlichung verdienen, zu einer solchen an einem für Fachgenossen und Interessenten nicht zu übersehenden Ort zu verhelfen. Sie erscheint in einzelnen, je nach Bedürfnis auszugebenden Heften und erstrebt so eine hoffentlich nicht unwillkommene Ergänzung der beiden Zeitschriften, die seit beinahe einem halben Jahrhundert unserer Wissenschaft jede in ihrer Art mit grösstem Erfolge dienen.

Der Gerichtssaal.

Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß, Gerichtliche Medizin, Gefängniskunde und die gesamte Strafrechtslitteratur.

Von Band 64 ab herausgegeben von Prof. Dr. **Friedrich Oetker** in **Würzburg** und Prof. Dr. **August Finger** in **Halle a. S.** Der Band von 6 Heften à 5 Bogen M. 12.—. Jährlich erscheinen $1\frac{1}{2}$—2 Bände.

Die Zeitschrift wird auch in Zukunft, wie bisher, in zwanglosen Heften, von denen je sechs einen Band bilden, erscheinen und neben dem Strafrecht und Strafprozeß einschließlich des Militärstrafrechts und Militärstrafprozesses in intensiverer Weise die sämtlichen ergänzenden Disziplinen berücksichtigen. Neben Originalabhandlungen und Litteraturberichten werden regelmäßige Besprechungen wichtiger Entscheidungen des Reichsgerichtes und Reichsmilitärgerichtes im Gerichtssaal veröffentlicht werden.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Begründet von L. **Goldschmidt.** Herausgegeben von Geheimrat Dr. H. **Keyßner** in Berlin und Prof. Dr. K. **Lehmann** in Rostock. Im Erscheinen befindet sich der 54. Band. Jährlich gelangen 1—2 Bände à M. 16.— zur Ausgabe.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft.

Herausgegeben von Prof. Dr. **F. Bernhöft** in Rostock, Prof. Dr. **Georg Cohn** in Zürich und Prof. Dr. **J. Kohler** in Berlin. Der XVI. Band befindet sich im Erscheinen. Preis M. 15.—

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.